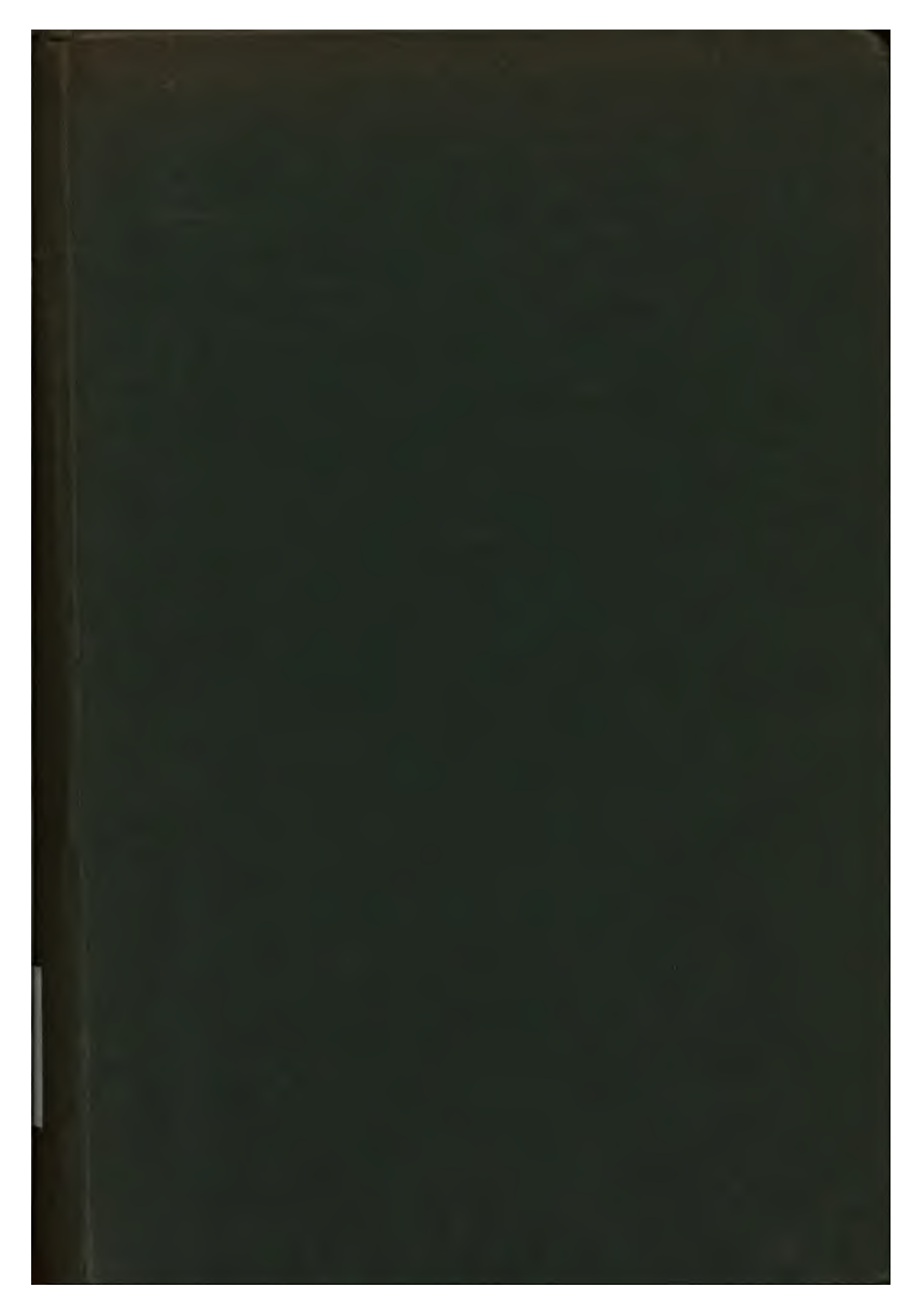




AN
BPQ
NAm

FESTGABE

ZUM

DOCTOR-JUBILÄUM

DES

HERRN GEHEIMEN RATHS UND PROFESSORS

Dr. JOH. JUL. WILH. v. PLANCK

VON

DER JURISTEN-FACULTÄT ZU MÜNCHEN

ÜBERREICHT.

MÜNCHEN
CHRISTIAN KAISER
1887.

Hochverehrter Herr Jubilar!

Die Juristische Facultät der Ludwig-Maximilians-Universität begeht heute festlich das Gedächtnis des Tages, an welchem Sie vor fünfzig Jahren in jugendlichem Alter die akademischen Würden an der Georgia-Augusta empfangen haben.

Unter den rechts- und staatswissenschaftlichen Facultäten der deutschen Hochschulen, welche Ihnen zu dem akademischen Jubeltage wetteifernd ihre Glückwünsche darbringen, feiert keine dieses Fest mit so freudiger Bewegung wie die unsrige.

Die Georgia-Augusta kann mit dem Gefühl des Stolzes auf ihren Sohn blicken, der nicht nur ein Lehrer, sondern auch ein Mehrer der Wissenschaft geworden ist.

Die Universitäten, an welchen Sie dereinst gelehrt und gewirkt haben, bewahren in treuer Erinnerung das Andenken an eine Zeit fruchtbringender Thätigkeit.

Wir feiern dieses Fest mit dem Gefühl der aufrichtigen Freude, dass Sie der Unsrige geworden und — dankbar sprechen wir es aus — dass Sie der Unsrige geblieben sind. Seit zwei Jahrzehnten ist Ihr Name, ist Ihr Wirken und Schaffen mit der Geschichte der Münchener Universität unlösbar verknüpft.

Von München sind die grossen Werke ausgegangen, in welchen Sie das Recht der Vergangenheit zu lebendiger Anschauung, das Recht der Gegenwart zu lichtvollem Verständnis gebracht haben.

Als Rector unserer Hochschule haben Sie zu guter Vorbedeutung das fünfte Jahrhundert ihres Bestandes inaugurirt. In der Verwaltung der Universität haben Sie Sich stets als Meister klarer Rede, klugen Rathes bewährt.

Was auf den folgenden Blättern von einigen aus unserer Mitte geboten wird, bitten wir entgegenzunehmen als ein Zeichen der Liebe und Verehrung, welche uns alle beseelt. Sie finden darin auch die Gabe eines theuren Collegen, der uns jäh entrissen worden ist und der sich herzlich gefreut haben würde, wäre es ihm beschieden gewesen, das Jubelfest seines bewährten Freundes zu erleben.

Empfangen Sie mit dem Ausdruck des Dankes für das, was Sie uns geworden sind, den Ausdruck des herzlichen Wunsches, dass Sie uns noch lange bleiben mögen, was Sie für uns waren und sind, ein Meister auf dem Lehrstuhl, eine Leuchte der Wissenschaft!

München, den 26. November 1887.

Die Juristische Facultät

der

Königlich Bayerischen Ludwig-Maximilians-Universität.

Inhalt.

Das Budgetrecht des bayerischen Landtages und das Verfassungsverständnis von 1843.

Von

Max Seydel.

Das Verfassungsverständnis von 1843 gehört zu den interessantesten Urkunden in der Entwickelungsgeschichte des konstitutionellen Staatsrechtes Bayerns. Auch auf allgemeines Interesse darf es Anspruch machen. Die bayerische Verfassung zählt bekanntlich zu jener Gruppe deutscher Verfassungsurkunden, welche, unbeeinflusst von den Lehren des französisch-belgischen Konstitutionalismus, das Mitwirkungsrecht des Landtages bei Feststellung des Staatshaushaltes im Anschlusse an die frühere ständische Territorialverfassung gestaltet haben.

Die bayerische Verfassungsurkunde sagt in Titel VII §§ 3—5:

„Der König erholt die Zustimmung der Stände zur Erhebung aller direkten Steuern, sowie zur Erhebung neuer indirekter Auflagen, oder zu der Erhöhung oder Veränderung der bestehenden.

Den Ständen wird daher nach ihrer Eröffnung die genaue Uebersicht des Staatsbedürfnisses, sowie der gesamten Staatseinnahmen (Budget) vorgelegt werden, welche dieselbe durch einen Ausschuss prüfen, und sodann über die zu erhebenden Steuern in Beratung treten.

Die zur Deckung der ordentlichen, beständigen und bestimmt vorherzusehenden Staatsausgaben, mit Einschluss des notwendigen Reservefonds, erforderlichen direkten Steuern werden jedesmal auf sechs (jetzt zwei) Jahre bewilligt."

Ich glaube, dass zur Lösung jener Streitfragen, welche in bezug auf die rechtliche Natur des Budgets und das parlamen-

tarische Budgetrecht seit langem unsere Staatsrechtswissenschaft bewegen, die Betrachtung eines Systems manches beitragen kann, nach welchem das Budget auch formell kein Gesetz ist und das Schwergewicht der parlamentarischen Mitwirkung auf der Steuerbewilligung ruht. Das bayerische Verfassungsrecht aber verdient deswegen besondere Beachtung, weil seine budgetrechtlichen Bestimmungen Gegenstand eines tiefgehenden Kampfes zwischen Regierung und Landtag geworden sind, welcher Kampf eben durch das Verfassungsverständnis beigelegt worden ist.

Die folgenden Zeilen bezwecken, in möglichster Kürze eine Darstellung jener Streitpunkte und des Inhaltes des geltenden bayerischen Budgetrechtes zu geben.

Der Streit über die Auslegung der oben angeführten Verfassungsbestimmungen ist unter der Regierung König Ludwigs I. entstanden. Der Streit betraf zwei Fragen. Die eine derselben bezog sich auf die Verwendung der Erübrigungen. Die andere Frage aber war die, welche staatsrechtlichen Folgen den ständischen Beschlüssen bei Prüfung des Ausgabenbudgets, auf Grund dessen die Steuerbewilligung geschieht, beizumessen sei, insbesondere ob den Ständen die Befugnis zukomme, die Ausgabenansätze des Budgets mit bindender Kraft für die Regierung zu erniedrigen.

Diese Streitfrage wurde dadurch hervorgerufen, dass die Staatsregierung im Jahre 1837 das Ausgabenbudget in Ziffern promulgirte, bei welchen auf die ständischen Beschlüsse vorzüglich da keine Rücksicht genommen war, wo die Stände nicht den vollen Regierungsansatz genehmigt hatten.

Hiegegen legte die Abgeordnetenkammer im Jahre 1840 anlässlich der Prüfung der Nachweisungen für 1837/38 Verwahrung ein.

Ich führe zunächst die Rechtsauffassung und deren Begründung vor, von welcher die Kammer der Abgeordneten sich leiten liess, sodann jene, von welcher die Staatsregierung ausging. Man mag sich dabei als den Wortführer der Kammer den Abgeordneten Freiherrn von Rotenhan, als den Wortführer der Regierung den Minister von Abel vorstellen.

Der Gedankengang der Kammer der Abgeordneten war folgender.

Nach Tit. II § 1 der Verfassungsurkunde vereinigt der König als das Oberhaupt des Staates in sich alle Rechte der Staatsgewalt und übt sie unter den in der Verfassungsurkunde gegebenen Bestimmungen aus. Dieselbe Verfassungsurkunde erteilt in Tit. VII § 3 den Ständen das Recht der Steuerbewilligung. Von den Ständen erhält der König die Zustimmung zur Erhebung aller direkten Steuern sowie zur Erhebung neuer indirekter Auflagen oder zu der Erhöhung oder Veränderung der bestehenden.

In der Mitte zwischen diesen beiden Bestimmungen befindet sich jene über die Vorlage des Budgets, dessen Prüfung durch die Stände und die Fixierung ihrer Ansichten über den Bedarf des Staatshaushaltes nach den Vorschriften des Titels VII §§ 4—6 der Verfassungsurkunde. Folge dieser gesetzlichen Bestimmung ist, dass das Budget den Grund der Steuerbewilligung bildet, dass, wie die Prüfung des Budgets, d. h. die Fixierung der ständischen Ansichten über die Voranschläge der Einnahmen und Ausgaben, zum Zwecke der Steuerbewilligung geschieht, so auch die Gestaltung des Budgets selbst mit der Steuerbewilligung in untrennbarem Zusammenhange steht. Das Ordnen der finanzgesetzlichen Grundlagen von Periode zu Periode beruht demnach auf einem Uebereinkommen zwischen dem Fürsten und seinen Ständen. Wenn es auch den Ständen nicht zusteht, das Budget zu machen und vorzuschreiben, so hängt doch andererseits die Einrichtung des Staatshaushaltes von der Steuerbewilligung ab. Deshalb führt theoretisch wie praktisch das Endergebnis auf den Grundsatz des gegenseitigen Uebereinkommens zusammen.

Hiemit im Einklange hat sich seit 1819 eine beständige Uebung gebildet, nach welcher ebenso wie die Summen der zu erhebenden direkten Steuern und die Veränderung der indirekten Steuern auch die Summen der Hauptpositionen des Ausgabenetats nur durch Vereinbarung der Krone mit den Ständen festgesetzt werden können, so dass die Ergebnisse dieser Vereinbarung für die Dauer einer Finanzperiode die Eigenschaft gesetzlich festgestellter Grössen an sich tragen.

In dieser Beziehung besteht kein Unterschied der Rechte und Pflichten der Regierung, mag ein blosses Budget oder ein

Finanzgesetz vorgelegt worden sein. Die Art wie im Jahre 1819 das Budget, und jene, wie später das Finanzgesetz behandelt wurde, ist ganz dieselbe, die Uebung also eine gleichartige.

Wenn nun Regierung und Stände zu keiner Einigung gelangen, so folgt daraus nicht etwa, dass gar nichts zu stande komme, wie bei einem anderen Akte der Gesetzgebung. Denn da das Finanzgesetz nicht nach Tit. VII § 2, sondern auf andere Weise, nach Tit. VII §§ 3, 5, 9 der Verfassungsurkunde zur Entstehung gelangt, so ergibt sich, dass stets die niedrigere Summe für beide Teile bindend ist. In der grösseren Summe ist die kleinere enthalten und bezüglich letzterer liegt daher Uebereinstimmung vor. Der König kann somit den von den Ständen votirten höheren Kredit ablehnen, aber nicht den von den Ständen abgeminderten Kredit erhöhen.

Mit Berufung auf den Wortlaut der Verfassung Tit. VII §§ 4, 5 kann man zwar vielleicht folgendes anführen. Es bestehe nach diesen Bestimmungen kein spezialisirtes Budget, höchstens bilde die Gesammtsumme jenes Ausgabenanschlags, welcher Grundlage der Steuerbewilligung sei, die Grenze, an welche die ministerielle Verantwortlichkeit gebunden sei. Eine Gebundenheit hinsichtlich der einzelnen Etats sei nirgends vorgeschrieben. Deshalb stehe es im Ermessen der Krone, in den Ausgabepositionen auch dann ihre Voranschläge beizubehalten, wenn sie die von den Ständen bewilligten Grössen überstiegen.

Eine derartige Auffassung kann jedoch nicht als haltbar anerkannt werden.

Dieselbe widerspricht vor allem der bisherigen ständigen Uebung. Sämtliche frühern Finanzgesetze stimmen nicht bloss in den Gesamtsummen, sondern in allen einzelnen Etats mit den Gesamtbeschlüssen der Stände genau überein. Dies ist ein Beweis, dass auch die Regierung früher die richtige Ansicht gehabt hat. In dieser Hinsicht ist namentlich eine Thatsache aus den Budgetverhandlungen von 1819 überzeugend. Als damals über den Militäretat eine Einigung nicht erzielt worden war, nahm der Landtagsabschied nur den Vorbehalt auf, im Bedarfsfalle die Differenz aus den eigenen Militärfonds zu decken, während das Finanzgesetz die von den Ständen beschlossene niedrigere Summe wiedergab.

Jene Auffassung widerspricht ferner der Natur der Sache. Allerdings ist es selbstverständlich, dass die Spezialität keine unbegrenzte ist, dass namentlich die bestehenden Positionen der Ministerialetats und der Anstalten nicht gegen den Willen der Regierung von den Ständen in weitere Unterabteilungen getrennt, verändert oder vermehrt werden können. Auf der andern Seite wird aber nicht zu leugnen sein, dass nicht bloss die Gesamtsumme der Voranschläge, sondern auch die Ausscheidung des Ganzen in die einzelnen Abteilungen und die besonderen Rücksichten, welche bei der einen oder anderen Position obwalteten, auf das Ergebnis der Steuerbewilligung von Einfluss sein können und müssen, und dass die Stände nur nach ihrer Ueberzeugung über diese Einnahmen- und Ausgabenvoranschläge diese oder jene Steuerbeträge bewilligen.

Hiezu kömmt endlich noch die Erwägung, dass die bisherige Uebung nach beiden Rücksichten billige Ansprüche zufrieden gestellt und selbst durch bedenkliche Zeiten gefährliche Verwickelungen ferne gehalten hat, ohne den Ständen ein Uebergewicht über die Regierung zu verschaffen, das der Verfassung fremd ist.

Würden die Stände in dieser Beziehung aus dem Besitze gesetzt, so würden sie durch die Natur der Verhältnisse gegen die Grenzen ihrer Befugnisse hingetrieben werden. Sie würden genötigt sein, bei der Prüfung des Steuerbedarfs auf das strengste zu verfahren und die Regierung in die Lage zu versetzen, Steuernachforderungen zu bestimmten Zwecken, an welche sie dann gebunden wäre, zu machen.

Dagegen haben die Stände bei den bisherigen Steuerbewilligungen geglaubt, mehr auf eine gewisse Stetigkeit der Abgaben als auf den möglichen Nachlass einiger Steuerquoten Rücksicht nehmen zu sollen.

Des weiteren gab auch eine Stelle des Landtagsabschiedes vom 17. November 1837 Ziff. I H Anlass zu Gegenbemerkungen in der Abgeordnetenkammer. Es war dort gesagt worden: „Unter diesen Umständen .. vermögen Wir in Erwägung der deutlichen Bestimmungen der Verfassungsurkunde Tit. VII §§ 3, 4, 5 und 9 .. die von den Kammern der Ständeversammlung zu den Staatseinnahmen gemachten Zusätze ebensowenig

als die von denselben hierauf gegründeten Festsetzungen und Anweisungen von Ausgaben mit den allegierten Bestimmungen des Tit. VII der Verfassungsurkunde zu vereinbaren, dieselben daher auch als zulässig oder bindend nicht anzuerkennen."

Dem wurde folgendes entgegen gehalten.

Diese Stelle des Landtagsabschieds spricht aus, dass das von der Ständeversammlung des Jahres 1837 eingeschlagene Verfahren verfassungswidrig sei. Sie enthält sodann eine Behauptung, welche, wenn begründet, das ganze Steuerbewilligungsrecht der Stände vernichten würde.

Die Stände hatten gefunden, dass das im Jahre 1837 ihnen vorgelegte Budget die Einnahmen zu niedrig veranschlagt habe und dass daher zur Deckung der von der Regierung vorgelegten Ausgabenetats die geforderten Steuern nicht in voller Grösse nötig seien. Die Stände hatten aber auch bei Prüfung der Ausgabenetats gefunden, dass mehrere öffentliche Interessen zu kärglich bedacht seien und dass eine zu weit ausgedehnte Sparsamkeit nur um so grössere Verluste in der Zukunft befürchten lasse.

In beiden Kammern war man daher bestrebt, dahin zu wirken, dass die voraussichtlich höheren Einnahmen wenigstens teilweise verwendet werden möchten, um jenen Landesinteressen eine reichlichere Ausstattung zuzuführen.

Zur Erreichung dieses Zieles standen zwei verfassungsmässige Wege offen.

Die Stände konnten um soviel weniger Steuern bewilligen, als sie die Einnahmen zu niedrig veranschlagt glaubten, gleichzeitig aber die Krone bitten, die gewünschten Ausgaben zu genehmigen und hiernach die nötigen Steuern zu fordern.

Die Stände konnten jedoch auch sofort die einzelnen Budgetpositionen in der Weise erhöhen, dass der Gesamtbetrag der Erhöhungen die Summe wieder ausglich, um welche sie die Einnahmen zu niedrig veranschlagt hielten.

Der letztere Weg wurde als der einfachere eingeschlagen. Als verfassungswidrig kann er nicht erachtet werden.

Die Summe der Einnahmenvoranschläge hat überhaupt nichts Bindendes an sich. Der Staatsminister der Finanzen ist zwar für die gesetzliche Verwaltung der Einnahmen verantwortlich; aber niemand behauptet, dass der Minister auch

dafür verantwortlich sei, diese oder jene bestimmte Summe einzubringen, wie er bei den Ausgaben an die Summe gebunden ist.

Bezüglich der Ausgaben sind die durch die Stände beschlossenen Zusätze nur dann bindend, wenn die Krone sich damit einverstanden erklärt. Dass aber Erhöhungen seitens der Stände gar nicht zulässig seien, ist eine Behauptung, die tief in das Recht der ständischen Steuerbewilligung eingreift.

Nach Tit. VII § 5 der Verfassungsurkunde sind die Stände verpflichtet, durch direkte Steuern den Unterschied zwischen dem von ihnen geprüften und anerkannten Ausgabenbudget und zwischen den Voranschlägen der übrigen Einnahmen zu begleichen. Die ständische Thätigkeit bei der Steuerbewilligung besteht somit darin, nach eigener Prüfung der Voranschläge jene Differenz aufzufinden, woraus sodann die Grösse der zu bewilligenden Steuersumme sich ergibt. Das ganze Steuerbewilligungsrecht liegt demnach in dem Rechte, bei der Prüfung der Voranschläge Beschlüsse zu fassen, nach welchen, abweichend von den Voranschlägen der Regierung, abgesetzt oder hinzugethan wird, um so endlich das Defizit zu finden, welches durch direkte Steuern zu decken ist.

Wenn man also erklärt, dass es den Ständen nicht gestattet sei, Zusätze zu den Einnahmen oder Ausgaben zu machen, so heisst das nichts anderes, als das Steuerbewilligungsrecht selbst vernichten oder in ein Einregistrierungsrecht verwandeln.

Hinsichtlich der Erübrigungen wurde von der Abgeordnetenkammer folgender Standpunkt eingenommen.

Der ständische Gesamtbeschluss vom 3. November 1837 hatte in der Eingangsformel des Finanzgesetzes unter die Gegenstände der Zustimmung der Stände auch „die Verwendung der Erübrigungen aus den Vorjahren“ aufgenommen, im Eingange des Finanzgesetzes vom 17. November 1837 war jedoch dieser Beisatz gestrichen worden. Hiegegen verwahrte sich die Abgeordnetenkammer aus nachstehenden Gründen.

Aus dem Zusammenhange zwischen der Prüfung und finanzgesetzlichen Feststellung der Einnahmen- und Ausgabenvoranschläge mit der Steuerbewilligung folgt, dass, wie die Stände verpflichtet sind, etwaige Mindererträge der veranschlagten Einnahmen durch

nachträgliche Steuern oder auf andere Weise zu decken, ebenso auch die Mehreinnahmen über jene Anschläge bei künftiger Steuerbewilligung in Berücksichtigung gezogen werden müssen. Ein früherer Berichterstatter der Kammer der Reichsräte hat nicht unzutreffend die Mehreinnahmen oder Erübrigungen mit indebite bezahlten Steuern verglichen. Sollen diese Erübrigungen nicht bis zur nächsten Steuerbewilligung zur Verfügung bleiben, sondern verwendet werden, so ist ständische Zustimmung hiezu erforderlich, da die Verwendung dieser Summen der Wirkung nach einer Steuerbewilligung gleichzuachten ist. Die Regierung hat auch jeder Zeit die Verwendung solcher Erübrigungen entweder ausdrücklich postuliert oder, wo in einzelnen Fällen Verwendung ohne vorgängige Zustimmung der Stände eintrat, deren nachträgliche Zustimmung erholt, wie denn auch das Finanzgesetz von 1837 selbst jene thatsächliche Anerkennung bekundet.

Dies der Standpunkt der Volksvertretung.

Anders stellte sich die Sache in den Augen der Staatsregierung dar. Auch deren Anschauungen sollen nun in zusammenfassender Ausführung wiedergegeben werden.

Der König vereinigt nach der Verfassung alle Rechte der Staatsgewalt in sich. Er bedarf also, um sich zur Ausübung irgend eines Regierungsrechtes zu legitimieren, nicht des Nachweises eines Rechtstitels. Den Ständen dagegen kommen nur jene Rechte zu, welche ihnen durch die Verfassungsgesetze ausdrücklich eingeräumt sind, und diese Rechte unterliegen strengster Auslegung.

Nach Tit. VII § 4 der Verfassungsurkunde sind nun die Stände zwar zweifellos berechtigt, das Budget zu prüfen und hiedurch ihre Beschlüsse über das Erfordernis an direkten Steuern zu begründen. Dagegen hat die Verfassung den Ständen nirgends ein Willigungsrecht bezüglich der einzelnen Staatsausgaben eingeräumt. Hiemit steht der Eingang aller Finanzgesetze seit 1819 im Einklange. Die Ausscheidung der Ausgaben in dem Finanzgesetze nach den einzelnen Ministerialetats und nach den verschiedenen Kategorien der Staatsanstalten geschieht nicht aus verfassungsmässiger Nötigung, sondern geht aus dem freien Willen der Staatsregierung und deren eigener Fürsorge

für Aufrechthaltung der Verantwortlichkeit der Minister hervor. Die Staatsregierung hat also in der jetzigen Form des Finanzgesetzes eine freiwillige Beschränkung eingeführt.

Es ist nicht richtig, dass nach der Rechtsauffassung der Regierung das ständische Steuerbewilligungsrecht zu einem blossen Einregistrierungsrechte umgewandelt werde. Den Ständen bleibt vielmehr eine fünffache Befugnis unbestritten:

1) über Anerkennung oder Nichtanerkennung des Steuerbedarfes in der für die einzelnen Hauptpositionen vorgetragenen Grösse durch Gesamtbeschlüsse, welche jedoch für die Regierung nicht bindend sind, sich auszusprechen;

2) bezüglich des Steuerbedarfes, der ihrer Prüfung unterstellt wird, Wünsche und Anträge an die Krone zu bringen;

3) bezüglich der Einnahmen, welche ihrer Willigung entzogen sind, zu untersuchen, ob die veranschlagten Einnahmegrössen auf richtiger Grundlage berechnet sind;

4) bezüglich eben dieser Einnahmen Wünsche und Anträge dem Könige zu unterbreiten;

5) die Grösse der erforderlichen direkten Steuern nach Massgabe der eben angegebenen Voraussetzungen durch Gesamtbeschlüsse zu bestimmen.

Dem Steuerbewilligungsrechte der Stände stehen aber auch Pflichten derselben gegenüber. Die Verfassung legt in Tit. VII §§ 5 und 9 den Ständen die Pflicht auf, die direkten Steuern unbedingt in dem Masse zu bewilligen, welches zur Deckung der ordentlichen beständigen und bestimmt vorherzusehenden Staatsausgaben mit Einschluss des notwendigen Reservefonds erforderlich ist. Den Ständen kann daher das Recht, eine geringere als die dem Budget entsprechende Steuersumme zu bewilligen, nur soweit zugestanden werden, als erweislich nach den Ergebnissen der verfassungsmässigen Prüfung der geringere Betrag zur Deckung der bezeichneten Ausgaben und des Reservefonds hinreicht. Eine Abweichung von diesem Grundsatze würde sowohl mit Tit. VII § 5 der Verfassungsurkunde als auch mit dem landesherrlich verkündeten Beschlusse der Bundesversammlung vom 28. Juni 1832 (RBl. 1832 S. 657) in Widerspruch treten.

Ebensowenig kann den Ständen das Recht zugebilligt wer-

den, eine zweifache Grösse direkter Steuern wahlweise zu bewilligen und die Bewilligung des höheren Betrages an die Bedingung des Eingehens auf ihre Wünsche und Anträge zu knüpfen. Denn Tit. VII § 9 der Verfassungsurkunde verbietet es den Ständen, die Bewilligung der Steuern mit Bedingungen zu verbinden. Wollen also die Stände die Möglichkeit der Berücksichtigung ihrer Wünsche und Anträge eröffnen, so kann dies nur durch unbedingte Bewilligung der höheren Steuersumme geschehen, und es muss sodann dem freien Entschlusse der Regierung anheimgegeben bleiben, ob und inwieweit diese von der Mehrbewilligung Gebrauch machen und auf die ständischen Wünsche und Anträge eingehen will.

Hinsichtlich der Verwendung der Erübrigungen lautete die Lehre der Staatsregierung folgendermassen.

Das Recht, die Erübrigungen für Staatszwecke zu verwenden, ist in der Staatsgewalt enthalten und von der Krone in der Verfassungsurkunde nicht aufgegeben. Die Verfassungsurkunde erkennt vielmehr dieses Recht als bestehend an. Tit. III derselben, welcher der Domanial-Fideikommisspragmatik vom 20. Oktober 1804 nachgebildet ist, nennt in § 2 Ziff. 8 als Bestandteile des Staatsgutes „alle vorhandenen Vorräte an barem Gelde und Kapitalien in der Staatskasse oder an Naturalien bei den Aemtern samt allen Ausständen von Staatsgefällen." All diese Vorräte u. s. w. können der Natur der Sache nach nur aus den Staatseinnahmen hervorgegangen sein. Die Erübrigungen sind nicht ausgenommen, sondern bilden vielmehr den Hauptbestandteil der hier bezeichneten Gattung von Staatsgut. Bezüglich des Staatsgutes überhaupt und daher auch dieses Bestandteiles desselben erklärt nun § 6 Ziff. 1 des Tit. III der Verfassungsurkunde, dass von dem vorher als Regel ausgesprochenen Veräusserungsverbote nicht betroffen werden: „alle Staatshandlungen des Monarchen, welche innerhalb der Grenzen des ihm zustehenden Regierungsrechtes nach dem Zwecke und zur Wohlfahrt des Staats mit Auswärtigen oder mit Unterthanen im Lande über Stamm- und Staatsgüter vorgenommen werden".

Dazu kömmt, dass nach Tit. VII §§ 5 und 6 der Verfassungsurkunde das Steuerbewilligungsrecht der Stände nur auf „die ordentlichen beständigen und bestimmt vorherzusehenden Staats-

ausgaben", die „fixen Ausgaben" sich bezieht, während nach § 8 die ausserordentlichen und unvorhergesehenen Ausgaben vor allem aus den bestehenden Staatseinkünften zu decken und den Ständen nur dann vorzulegen sind, wenn die Bewilligung ausserordentlicher Auflagen erforderlich wird. Ist letzteres nicht der Fall, so hat bezüglich solcher Ausgaben nur die Bestimmung des § 10 Tit. VII der Verfassungsurkunde Anwendung zu finden, wonach den Ständen bei einer jeden Versammlung eine genaue Nachweisung über die Verwendung der Staatseinnahmen vorgelegt werden soll.

Dies war der status causae et controversiae. Die Meinungsverschiedenheiten waren, wie man sieht, äusserst tiefgehende.

Im Jahre 1843 kam man im Landtage auf die Sache zurück.

Der Finanzausschuss der zweiten Kammer richtete durch das Kammerpräsidium an die Staatsregierung die Frage, von welchen Grundsätzen die Regierung bezüglich der verbindenden Kraft des den Ständen zur Prüfung übergebenen Budgets ausgehe, und in welcher Form dessen Bekanntmachung künftig bewerkstelligt werden solle? Die Erwiderung erfolgte mit Schreiben vom 20. Juni 1843. Am 14. gl. M. war in einer Sitzung des Finanzausschusses der Reichsratskammer vom Berichterstatter ein Aufsatz verlesen worden, welcher eine Doktrin über die sämtlichen schwebenden Streitfragen aufstellte. Der Aufsatz wurde der Staatsregierung mitgeteilt, die ihre Erklärung hierüber mit Ermächtigung des Königs unterm 30. gl. M. dem Reichsratspräsidium zugehen liess. Es ergab sich Uebereinstimmung zwischen Regierung und Ausschuss, der Aufsatz wurde nochmals überarbeitet und in der Sitzung der Reichsratskammer vom 12. Juli 1843 einstimmig gebilligt. Es ist dies das in unserer Verfassungsgeschichte berühmt gewordene Verfassungsverständnis. In der Abgeordnetenkammer fand keine förmliche Beschlussfassung statt. Es wurde aber in derem Finanzausschusse die Uebereinstimmung mit dem Verfassungsverständnisse festgestellt, einen Punkt, der die Ausgabenbewilligung betraf, ausgenommen.

Das Verfassungsverständnis ist kein Gesetz, aber ein wertvolles Auslegungsmittel. Seine hohe politische Bedeutung liegt darin, dass in demselben die übereinstimmende Rechtsüberzeug-

ung der Staatsregierung und der Kammern ihren Ausdruck gefunden hat. Die Sätze des Verfassungsverständnisses enthalten auch in der That im wesentlichen eine richtige Entwickelung des Budgetrechtes, welches in den Bestimmungen der Verfassungsurkunde beschlossen ist.

Dieses Recht soll nun im folgenden dargelegt werden.

Die Verfassungsurkunde unterscheidet zwei Dinge: die Steuerbewilligung und die Prüfung des Budgets durch den Landtag. Letztere hat den Zweck, die Grundlage für die erstere zu bilden.

Bei der Prüfung des Budgets aber und bei der Bewilligung der Steuern nimmt der Landtag eine grundsätzlich verschiedene Stellung ein.

Die Budgetaufstellung ist, wie wenigstens die Mehrzahl der staatsrechtlichen Schriftsteller anerkennt, materiell kein Akt der Gesetzgebung, sondern ein Akt der Verwaltung und hat daher unter Beobachtung der bestehenden Gesetze zu geschehen.

Nach bayerischem Staatsrechte aber ist das Budget auch formell kein Gesetz, d. h. der Landtag hat demselben gegenüber zwar ein Recht der Prüfung, aber kein Recht der Zustimmung. Die Zustimmung der Kammern kommt nur auf dem Gebiete der Steuerbewilligung in Frage. Insofern indes die Bewilligung von Mitteln nicht anders denkbar ist, als mit Rücksicht auf bestimmte Zwecke, d. h. hier Ausgaben, kann aus der Gebundenheit der Regierung in bezug auf Bewilligung der Mittel auch eine Gebundenheit in bezug auf deren Verwendung für bestimmte Zwecke, gleichsam als eine Reflexwirkung, sich ergeben. Diese Gebundenheit ist identisch mit dem, was das englische Recht die Appropriationsklausel bei einer Geldbill nennt.

Den Unterschied aber, der zwischen der Budgetprüfung und der Steuerbewilligung durch den Landtag staatsrechtlich besteht, betont das bayerische Finanzgesetz auf das schärfste. Sein Eingang lautet: „Wir haben mit dem Beirat, und so viel die Erhebung der direkten und die Veränderung der indirekten Steuern betrifft, mit der Zustimmung der Kammer der Reichsräte und der Kammer der Abgeordneten über die Staatseinnahmen und -Ausgaben für die . . Finanzperiode, nämlich für die zwei Jahre 18 . . und 18 . ., beschlossen und verordnen, was folgt.“

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich demnach:

Das Recht der Zustimmung des Landtages auf dem Gebiete des Staatshaushalts erstreckt sich nicht über die Gesamtheit der Staatseinnahmen. Eine Bewilligung durch den Landtag ist nur erforderlich:

1) für die direkten Steuern;

2) für indirekte Steuern, die entweder zur Zeit der Erlassung der Verfassungsurkunde noch nicht bestanden oder die durch ein späteres Gesetz als unständige, von periodischer Willigung abhängige Einnahmen eingeführt worden sind; endlich

3) für die Erhöhung der bei Erlass der Verfassung bereits vorhandenen oder später ständig eingeführten indirekten Steuern.

Eine Bewilligung des Landtages ist nicht erforderlich:

1) bezüglich aller fiskalischen und öffentlichrechtlichen Staatseinkünfte, die keine Steuern sind, z. B. der Erträgnisse der Staatsgüter, der Gebührenanfälle u. s. w;

2) bezüglich der ständig in die Staatskasse fliessenden indirekten Steuern;

3) bezüglich der dem Staate vom Reiche überwiesenen Erträgnisse von Reichssteuern und Zöllen.

Das Recht des Landtages, das Budget zu prüfen, bekommt seinen staatsrechtlichen Inhalt durch den verfassungsmässigen Zweck dieses Rechtes. Dieser Zweck ist, wie bereits erwähnt, der, zu bemessen, in welcher Höhe die Erhebung jener Steuern notwendig ist, die der periodischen Willigung durch die Kammern unterliegen.

Bei seiner Budgetprüfung ist aber der Landtag nach einer doppelten Richtung beschränkt.

Er muss, was die Einnahmen betrifft, als feststehend jene annehmen, welche unabhängig von seiner Willigung der Staatskasse ständig zufliessen. Er kann hier seine Prüfung nicht auf die Frage erstrecken, ob diese Einnahmen wirklich zu erheben seien, sondern nur darauf, ob sie richtig geschätzt sind.

Er muss ferner, was die Ausgaben anbelangt, als feststehend jene annehmen, welche gesetzlich notwendig sind, d. h. welche zur Erfüllung einer gesetzlichen Vorschrift gemacht werden müssen. Er kann auch hier seine Prüfung nicht auf die Frage

ausdehnen, ob diese Ausgaben überhaupt zu machen seien, sondern nur darauf, ob sie richtig angesetzt sind. Für die Notwendigkeit einer Ausgabe bildet aber nicht etwa das Bestehen einer gerichtlich klagbaren Verpflichtung des Staates das entscheidende Merkmal. Ausschlaggebend ist vielmehr die staatsrechtliche Notwendigkeit, d. h. die Unumgänglichkeit der Ausgabe zur Erfüllung eines gesetzlichen Staatszweckes.

Für das Prüfungsrecht des Landtages scheiden sich also die Staatsausgaben in zwei Gruppen: solche, die zur Durchführung der Gesetze erforderlich, und solche, die hiezu nicht erforderlich sind. Dort erstreckt sich die Prüfung des Landtages nur auf die Höhe des Bedarfes, hier auf Zweck und Höhe des Bedarfes.

Indessen kann diese Scheidung praktisch nur in einer beschränkten Zahl von Fällen ein über allen Zweifeln stehendes Kriterium gewähren.

Es gibt allerdings Ausgaben, deren Notwendigkeit und Höhe feststeht, z. B. die königliche Zivilliste, die Verzinsung und Tilgung der Staatsschuld, die Matrikularbeiträge an das Reich; es gibt ferner Ausgaben, deren fakultative Natur ausser Frage ist, z. B. die Leistung von Zuschüssen für ein Gewerbemuseum, die freiwilligen Zuschüsse für den Klerus, die Gewährung von Unterstützungen aus sogenannten Dispositionsfonds. Dazwischen aber liegt ein weites Gebiet staatlicher Thätigkeit, wo zwar der zu erreichende Zweck gesetzlich feststeht, der Bedarf in quanto et quali aber nicht. Denn darüber wird man streiten können, ob etwa zur Erfüllung der Verwaltungsaufgaben des Staats 149 oder 150 Bezirksämter, 7 oder 8 Kreisregierungen nötig sind, und ob letztere zur Bewältigung der Geschäfte 6, 5 oder 4 Räte brauchen. Es handelt sich in solchen Fällen — und diese sind praktisch gerade die entscheidenden — darum, welche Ausgaben, beziehungsweise Einrichtungen, zur wirksamen und zweckmässigen Ausführung der Gesetze erforderlich sind. Die Antwort, welche die Regierung, und jene, welche der Landtag auf eine solche Frage gibt, sind an sich einander gleichwertig. Es geht nicht an, zu sagen, dass hier die alleinige Entscheidung der Krone massgebend sei; es geht aber ebensowenig an, das Votum des Landtages als das ausschlaggebende zu betrachten. Und dasselbe, was im Verhältnisse des Landtages zur Regierung,

gilt auch im Verhältnisse beider Kammern zu einander, deren übereinstimmendes Votum erst die Willensäusserung des Landtags darstellt.

Die Möglichkeit unausgleichbarer Meinungsverschiedenheiten ist also gegeben. Indessen verringert sich, wenn man näher zusieht, das Gebiet dieser Möglichkeit dem ersten Eindrucke gegenüber ganz bedeutend.

Der Voranschlag über die Ausgaben einer Finanzperiode enthält nämlich neben den Ausgaben vorübergehender Natur überwiegend solche, die zur Befriedigung dauernder Staatsbedürfnisse bestimmt sind. Die zeitliche Wirkung der Anerkennung eines Bedürfnisses durch den Landtag muss nun notwendig so weit sich erstrecken, als die Dauer des Bedürfnisses selbst. Mit anderen Worten: sind Regierung und Volksvertretung einmal in der Anerkennung einer unwandelbaren Ausgabe für einen dauernden, über die Finanzperiode hinausreichenden Staatsbedarf übereingekommen, so kann diese Anerkennung vom Landtage einseitig nicht wieder zurückgezogen werden. Dieser Satz wirkt auch über die Legislaturperiode hinaus. Der Grundsatz der Kontinuität, welcher das Staatsleben beherrscht, gilt, wie schon Laband richtig hervorgehoben hat, für alle Staatsorgane, also auch für den Landtag, und für alle staatlichen Willensakte, also nicht bloss für die Gesetze, sondern auch für die Verwaltungsakte. Wie der neue Monarch, das neue Ministerium die rechtsgültigen Akte der Vorgänger nicht ungeschehen machen kann, ebensowenig der Landtag. Solche Willensakte gelten rechtlich für das betreffende Staatsorgan gleich eigenen Willensakten, und können in ihrer Wirkung nicht anders beseitigt werden, als diese letzteren.

Die rechtliche Bedeutung der Anerkennung einer dauernden Ausgabe ist aber die, dass deren Notwendigkeit ausser Diskussion tritt. Folgende Beispiele mögen dies erläutern. Bewilligt der Landtag für eine Finanzperiode zur Ausbesserung einer Eisenbahnbrücke 20,000 M., so folgt daraus für künftige Finanzperioden gar nichts. Bewilligt er hingegen 100,000 M. als erste Rate zur Erbauung einer neuen Eisenbahnbrücke, so folgt daraus sehr viel, nämlich die Anerkennung des Bedürfnisses für

den Neubau überhaupt. Diese Anerkennung wirkt also auch für künftige Finanzperioden und für künftige Landtage.

Die wichtigsten Folgen dieser Auffassung aber ergeben sich auf dem Gebiete der Staatsorganisation. Eine dauernde Staatseinrichtung, welche der Landtag durch Bewilligung des Bedarfs einmal als notwendig anerkannt hat, kann er später nicht mehr beanstanden, und zwar auch ihrem Umfange nach nicht. Er kann also nicht eines schönen Tages eine Kreisregierung oder die Regierungspräsidentenstellen vom Etat streichen, weil er sie nicht mehr für notwendig hält. Die Staatsregierung dagegen kann dies, wenn eine Einrichtung nicht gesetzlich festgestellt ist, allerdings thun. Denn das Organisationsrecht der Krone ist durch das Budgetrecht des Landtages nur so weit gebunden, als für die Durchführung der Organisation die Bewilligung von Mitteln erforderlich ist.

Wir fassen unser Ergebnis zusammen.

Es gibt im Budget Einnahmen, die von der Willigung des Landtags unabhängig sind und bezüglich deren er nur das Recht hat, die Richtigkeit der Ansätze zu prüfen.

Es gibt im Budget Ausgaben, deren Notwendigkeit und Höhe zweifellos feststeht, so dass es für eine Prüfung durch den Landtag am Gegenstande fehlt.

Es gibt weiter Ausgaben, bei denen zwar die Notwendigkeit, nicht aber die Höhe ausser Diskussion ist; hier ist Gegenstand der landtäglichen Prüfung nur die Höhe des Bedarfs.

Es gibt ferner Ausgaben, deren Notwendigkeit und Höhe zur Erörterung steht; hier erstreckt sich die Prüfung der Kammern auf beide Punkte.

In all diesen Fällen aber ist das Prüfungsrecht des Landtages, soweit es reicht, innerlich gebunden durch dessen Pflicht, die Gesetze zu beachten. Sobald der Landtag sich von der gesetzlichen Notwendigkeit einer Ausgabe überzeugt hat, ist es seine Pflicht, sie bei der Steuerbewilligung zu berücksichtigen.

Es können endlich im Etat Ausgaben vorkommen, bezüglich deren es ausser Frage ist, dass sie merae facultatis sind. Hier entscheidet das freie Belieben des Landtages, ob er sie anerkennen will oder nicht.

In allen Fällen, wo der Landtag die Budgetansätze zu prü-

fen berechtigt ist, ist er in seiner Prüfung formell frei. Die entgegengesetzte Anschauung der Staatsregierung bindet ihn nicht. Aber auch die Staatsregierung ist in der gleichen Lage; sie ist, von den rein fakultativen Ausgaben abgesehen, durch die Auffassung des Landtages nicht gebunden. Es besteht keine Pflicht der Staatsregierung, das Budget, wie es aus den Händen des Landtages hervorgeht, anzunehmen; aber sie hat wegen der Gleichberechtigung des Landtages nur die Wahl, das Budget ganz oder gar nicht anzunehmen.

Betrachten wir zunächst den Fall des vereinbarten Budgets, so ergibt, wie in § 3 des Verfassungsverständnisses richtig dargelegt wird, der Unterschied zwischen den vereinbarten Ausgaben und den von der Willigung des Landtages unabhängigen Deckungsmitteln die Ziffer der zu genehmigenden „Ergänzungssteuern." Die Bemessung dieses Steuerbedarfs ist das Gebiet des Zustimmungsrechts des Landtages. Bei dieser Zustimmung erscheint der Landtag rechtlich in zwei Punkten gebunden.

Er muss, sobald er einen ungedeckten Staatsbedarf anerkannt hat, die zur Deckung erforderlichen Mittel bewilligen. Dagegen ist er frei in der Würdigung der Frage, durch welche Steuern diese Mittel zu beschaffen sind, ob zum Beispiel durch Erhöhung des Malzaufschlags oder durch die direkten Steuern.

Der Landtag darf ferner nach ausdrücklicher Bestimmung des Tit. VII § 9 der Verfassungsurkunde die Steuerbewilligung mit keiner Bedingung verbinden, z. B. mit der Bedingung der Entlassung eines Ministers, der Versetzung eines Staatsbeamten, der Besetzung eines Staatsamts mit einer bestimmten Person oder anderen ausser Zusammenhang mit dem Budget stehenden Forderungen. Das bayerische Staatsrecht verbietet gleich dem englischen die bepackten Geldbills.

Aus diesem Verbote aber ergibt sich folgendes. Die Kammer, welche dessenungeachtet derartige Bedingungen einer budgetmässigen Willigung beifügt oder welche wegen Ablehnung einer solchen Bedingung eine an sich gebotene budgetmässige Willigung verweigert, verletzt die Verfassung. Die beigefügte Bedingung gilt rechtlich als nicht vorhanden, die Ablehnung einer Position des Budgets aus dem angegebenen Grunde berechtigt die Staatsregierung zur Zurückweisung des Budgets. Der Staats-

minister, welcher des Verbots in Tit. VII § 9 der Verfassungsurkunde unerachtet auf eine derartige Bedingung eingeht, macht sich der Mitwirkung zur Verfassungsverletzung schuldig und verletzt damit seine Amtspflicht. Eine solche Zusage, mag sie im Ausschusse oder im Plenum oder sonstwie gemacht werden, ist ohne rechtliche Wirkung. Die verfassungsmässigen Rechte der Krone stehen nicht zur Verfügung der Staatsminister.

Aber eine andere Bedingung ist mit der Steuerbewilligung von selbst verknüpft. Die Steuerbewilligung ist keine Geldbewilligung à discretion der Regierung, sondern sie erfolgt zu einem bestimmten Zwecke, nämlich zur Verwirklichung des Budgets, und zwar jenes Budgets, welches zwischen der Staatsregierung und dem Landtage vereinbart worden ist. Das Budget wird daher durch den Akt der Steuerbewilligung für die Staatsregierung bindend. Die Einhaltung des Budgets ist die stillschweigende Appropriationsklausel bei der Steuerbewilligung. Aber diese bindende Kraft trägt das Budget nicht in sich selbst, sie ist nur Reflexwirkung der Steuerbewilligung. Im vollen Einklange hiemit erklärt das Verfassungsverständnis: „Die Stände willigen (bei vereinbartem Budget) die postulierte Steuergrösse, und die Krone, für welche das vorgelegte Budget durch den Akt der Steuerbewilligung in quanto et quali obligatorisch wird, realisiert das gesamte budgetisierte Staatsbedürfnis, zusamt den gesamten, teils übereinstimmend bevoranschlagten, teils gewilligten Deckungsmitteln in gesetzmässiger Weise.“

Das Budget ist formell kein Gesetz, es bindet die Staatsregierung nur dann und nur deshalb, wenn und weil es auf Grund der Vereinbarung mit den Kammern die Basis der Steuerbewilligung geworden ist. Es brauchte den Kammern gar nicht vorgelegt zu werden, wenn der praktisch allerdings undenkbare Fall einträte, dass die Staatsregierung mit den von der Willigung des Landtages unabhängigen Einnahmen den Staatsbedarf zu decken vermöchte.

Es erübrigt noch, die Wirkung, welche die Steuerbewilligung bei vereinbartem Budget auf dieses letztere äussert, also den Umfang der Appropriation, näher zu bestimmen. Die Wirkung der Appropriation kann sich, das ist klar, nur auf den Ausgabenetat beziehen. Denn die Einnahmequellen stehen teils schon

gesetzlich fest, teils werden sie eben durch die Steuerbewilligung erschlossen; ob sie aber in derjenigen Ergiebigkeit fliessen werden, wie man geschätzt hat, das hängt vom Schicksale, nicht von Landtagsbeschlüssen ab. Die Wirkung der Appropriation erstreckt sich ferner nicht auf jene Positionen des Ausgabenetats, die auch der Grösse nach gesetzlich feststehen; dies nicht, weil sie hier gegenstandslos wäre. Sie erstreckt sich also nur auf jenen Teil des Ausgabenetats, der entweder nur der Grösse nach oder auch dem Gegenstande nach nicht gesetzlich fixiert ist. Hier aber besteht die Gebundenheit der Staatsregierung nur darin, dass sie nicht mehr ausgeben darf, als anerkannt worden ist, nicht darin, dass sie Alles ausgeben muss, was anerkannt worden ist. Sie braucht den bewilligten Kredit überhaupt nicht und sie braucht ihn nicht vollständig zu benutzen; sie braucht letzteres insbesondere auch dann nicht zu thun, wenn der bewilligte Kredit höher ist als der geforderte. Es ergibt sich dies daraus, dass die Gebundenheit der Staatsregierung sich nur auf die Verwendung der bewilligten Einnahmen, nicht auf die Führung der Verwaltung bezieht. Der Satz, dass der Staatsregierung aus den bewilligten Mitteln 600,000 Mark zur Erbauung eines Bahnhofgebäudes zur Verfügung gestellt sind, hat nicht den Sinn, dass die Staatsregierung verpflichtet sei, diesen Bahnhof zu bauen, und nicht den Sinn, dass sie verpflichtet sei, jedenfalls 600,000 Mark dafür aufzuwenden; er hat lediglich den Sinn, dass sie diese 600,000 Mark nur für diesen Zweck und dass sie nur 600,000 Mark für diesen Zweck verausgaben darf.

Die Wirkung der Appropriation erstreckt sich auf den ganzen vorhin beschriebenen Teil des Ausgabenetats, auch wenn derselbe seine Befriedigung nicht ausschliessend aus den vom Landtage bewilligten Mitteln, sondern bis zu einem gewissen Betrage aus den gesetzlich feststehenden Einnahmen findet. Denn die vom Landtage bewilligten Steuern bilden einen Zuschuss nicht für bestimmte einzelne Positionen, sondern zum Gesamtbedarfe. Die Appropriation ergreift also alle nicht ohedies schon gesetzlich nach ihrer Grösse feststehenden Ausgaben.

Die Art und Weise aber, wie die Appropriation innerhalb dieses Umkreises wirkt, lässt sich, da unser Staatsrecht Grundsätze hierüber nicht aufstellt, mittels einer allgemeinen Formel

überhaupt nicht beantworten. Für die Wirkung der Appropriation ist vielmehr lediglich die Absicht massgebend, welche Staatsregierung und Kammern bei der Vereinbarung des Budgets gehabt haben -- die Absicht also, welche der Steuerbewilligung zu Grunde liegt. Hienach würde staatsrechtlich nichts im Wege stehen, dass der Landtag den ganzen Staatsbedarf oder den ganzen Bedarf eines Dienstzweiges als ein Pauschquantum bewilligt, so dass also die Staatsregierung innerhalb der Pauschsumme, soweit ein Gesetz sie nicht bindet, bezüglich der einzelnen Positionen freie Hand hat. Es ist aber eben so gut zulässig, dass die Appropriation auf einzelne Positionen spezialisiert wird, und es kommt auf die Absicht der vereinbarenden Teile an, wie weit diese Spezialisierung reicht. Die Appropriation kann sich also auf den Gesamtbedarf einer Behörde mit 10,000 Mark für die Personal- und Realexigenz, sie kann sich auf die Personalexigenz mit 8000 M. und die Realexigenz mit 2000 M. richten, sie kann innerhalb dieser Exigenzen die einzelnen Positionen ausscheiden u. s. w. Soweit aber die Spezialisierung bei der Appropriation reicht, hat sie die Wirkung, dass der appropriierte Anschlag nicht überschritten werden darf, auch dann nicht, wenn der für eine andere, selbst sachlich zusammenhängende Position appropriierte Bedarf nicht vollständig verausgabt wird. Mit anderen Worten, die Frage, wie weit eine Uebertragbarkeit der bewilligten Mittel von einer Position auf die andere stattfindet, ist eine Frage des einzelnen Budgets, keine allgemeine staatsrechtliche Frage. Ihre Beantwortung ist davon abhängig, wie weit oder wie eng die Appropriation bemessen ist.

Bemerkenswert ist, dass in dem Schreiben des Gesamtstaatsministeriums an das Präsidium der Kammer der Reichsräte vom 30. Juni 1843 vollkommen zutreffend gesagt wird, es könne die „obligatorische Natur“ des Budgets nur „von den Positionen des letzteren, nicht aber von den zur Erläuterung dieser Positionen etwa vorgelegten Spezialetats gemeint sein.“. Der Berichterstatter des Finanzausschusses der Abgeordnetenkammer schloss sich dieser Auffassung mit den Worten an:

„Es ist klar,. dass die obligatorische Natur des Budgets sich wohl auf die verschiedenen Positionen dieses Budgets (gleich-

viel ob Haupt-, Neben-, Unterpositionen u. s. w.), keineswegs aber auf Etats erstreckt, welche keine integrirenden Bestandteile des Budgets bilden, und dass die Stände, wenn sie in einem vorgelegten Budget die durch Tit. VII § 4 gebotene Genauigkeit (Vollständigkeit) entbehren, wohl dessen Vervollständigung, keineswegs aber die Ausdehnung der ihm verfassungsmässig zukommenden Kraft und Wirkung auf Vorlagen verlangen können, welche neben, nicht aber in ihm existieren."

Wir haben im Bisherigen den Fall des vereinbarten Budgets erörtert. Es erübrigt noch, jenen Fall zu betrachten, wo, sei es zwischen den beiden Kammern, sei es zwischen dem Landtage und der Staatsregierung, die Vereinbarung des Budgets nicht gelingt. Diese Möglichkeit ergibt sich, wie wir bereits sahen, aus der zwischen den Kammern und der Staatsregierung bestehenden Gleichberechtigung in bezug auf die Würdigung des Budgets.

Die Regierung ist nicht nur nicht verpflichtet, das Budget unter allen Umständen so anzunehmen, wie es aus den Händen des Landtags hervorgeht, sie ist sogar verpflichtet, es zurückzuweisen, wenn es nach Ansicht der Regierung die Mittel zur gesetzmässigen Führung der Staatsverwaltung nicht gewährt. In solchen Fällen liegt die Sache nicht etwa so, dass nun überhaupt kein Budget möglich wäre. Denn da die Aufstellung des Budgets ein Verwaltungsakt ist, der zwar zu einem bestimmten Zwecke der Prüfung des Landtages unterliegt, zu dessen Vornahme es aber der Zustimmung des Landtages nicht bedarf, so folgt, dass die Regierung das nicht vereinbarte, also durch keine Appropriation gebundene Budget einseitig feststellen darf, lediglich gebunden durch das natürliche Hindernis, dass sie nicht mehr ausgeben kann als sie hat.

Ihr Haben aber besteht in den von der Willigung des Landtages unabhängigen Einnahmen und in den vom Landtage bewilligten Steuern. Der Landtag wird nämlich durch die Nichtvereinbarung des Budgets selbstverständlich von der verfassungsmässigen Verpflichtung nicht befreit, das nach seiner Auffassung des Staatsbedarfs erforderliche Mass von Steuern zu bewilligen. Denn es ist klar, dass eine Meinungsverschiedenheit zwischen Staatsregierung und Landtag über das Budget, bei welcher für

keinen der beiden Teile eine Verpflichtung zur Unterordnung der eigenen Anschauung unter die fremde besteht, nicht zur Aufhebung des Staates führen darf.

Ueber die hier erörterte Verfassungsfrage standen sich vor dem Verfassungsverständnisse die Meinungen der Abgeordnetenkammer und der Staatsregierung schroff entgegen.

Die Abgeordnetenkammer vertrat, wie bereits bemerkt, folgende Theorie: Das Ordnen der finanzgesetzlichen Grundlagen von Periode zu Periode beruhe auf einem Akte des Uebereinkommens zwischen König und Ständen. Die Steuern würden nur auf Grund eines geprüften und anerkannten Budgets bewilligt. Die Basis der Steuerbewilligung müsse auch der gesetzliche Anhaltspunkt für die Verwaltungsperiode bleiben. Für den Fall, dass eine Vereinbarung über diese Basis nicht zu stande komme, sei die niedrigere Summe die bindende, denn in der höheren sei die niedrigere enthalten, diese erscheine daher jedenfalls als die vereinbarte. Die Stände hätten nach der bayerischen Verfassung das Recht, die Ausgabenansätze mit bindender Kraft für die Regierung zu erniedrigen.

Der Trugschluss dieser Ausführungen ist in die Augen springend. Es ist einleuchtend, dass, wenn die Regierung an der Ansicht festhält, sie könne einen notwendigen Staatsbedarf nur mit 100,000 fl. befriedigen, der Landtag aber nur 20,000 fl. anerkennen will, von einer Uebereinstimmung nicht die Rede sein kann. Denn der Gegenstand der Vereinbarung ist nicht der einzelne Gulden, sondern der Gesamtbedarf für den betreffenden Staatszweck. Ueberdies erschöpfen jene Darlegungen die Frage nicht, da sie den Fall nicht treffen, wo der Landtag die Mittel für einen bestimmten Staatsbedarf ganz verweigert.

Nicht minder unrichtig war die damalige Ansicht der Staatsregierung. Dieselbe stellte den Satz auf: Indem den Ständen in Ansehung des Budgets nur der Beirat, nicht aber ein Willigungs- oder Festsetzungsrecht zustehe, so habe die Prüfung desselben keinen anderen Zweck als ein Motiv für die Steuerbewilligung zu geben, ohne dass die hierüber gefassten ständischen Beschlüsse eine weitere, über den Moment der Steuerbewilligung hinausgehende rechtliche Folge hätten.

Diese Ansicht widerlegt sich schon durch unsere früheren Ausführungen. Es heisst die Budgetprüfung zu einer inhaltlosen Förmlichkeit herabwürdigen, wenn man behauptet, sobald die Regierung auf Grund des vereinbarten Budgets das Geld bewilligt erhalten habe, könne sie damit anfangen, was sie wolle.

Im wesentlichen das Richtige haben die Regierung und die Reichsratskammer in § 4 des Verfassungsverständnisses getroffen, dessen Inhalt in der Hauptsache mit unserer oben entwickelten Anschauung übereinstimmt. Er lautet:

„Sind dagegen Regierung und Stände entweder

a) in Absicht auf Natur und Grösse des ordentlichen beständigen, bestimmt vorherzusehenden Staatsbedürfnisses, oder

b) in Absicht auf Natur und Gösse der von einer ständischen Willigung unabhängigen Deckungsmittel, oder

c) in beiderlei Hinsicht

abweichender Ueberzeugung, und kommt infolge des durch Beschlüsse sich aussprechenden ständischen Beirates keine Vereinbarung zu stande, so willigen die Stände begreiflichermassen an ergänzenden Steuern nur die ihres Dafürhaltens erforderliche Grösse, und sofort ist zu unterscheiden zwischen

a) den in das Budget eingestellten und

b) den in dasselbe nicht eingestellten Ausgaben.

Ausserordentliche, zur Zeit der Willigung unvorhersehbare, sonach in das Budget nicht eingestellte Staatsbedürfnisse finden in dem Reichsreservefonds und subsidiär in den etwaigen Ueberschüssen des Staatseinkommens auch in diesem Falle ihre gesetzliche Deckung.

Die in das Budget eingestellten Ausgaben aber können nur insofern realisiert werden, als sie die Natur eines zur Zeit der Willigung bestimmt vorherzusehenden Staatsbedürfnisses tragen, und sollten die Deckungsmittel nicht zulänglich sein, um alle in das Budget eingestellten Staatsbedürfnisse zu decken, so befriedigt die Regierung zunächst jene unter diesen Staatsbedürfnissen, welche auf gesetzlichen oder rechtlichen Verpflichtungen beruhen, dann jene, welche ihr gemäss ihres regiminalen Ermessens als die dringendsten erscheinen.“

Der Berichterstatter des Finanzausschusses der Abgeord-

netenkammer bemerkte hiezu, dass er auf dem früheren Standpunkte dieser Kammer beharren zu sollen glaube; ebensowenig aber, fügte er bei, „könne er widersprechen, dass die Regierungsansicht, besonders wie sie sich jetzt herausstelle, sehr viel juridische Gründe für sich habe.“

Zwei Möglichkeiten sind es, die wir bisher erörtert haben: der Fall des vereinbarten und jener des nicht vereinbarten Budgets. Eine dritte Möglichkeit, die Steuerverweigerung durch den Landtag, besteht rechtlich nicht. Denn die Steuerverweigerung ist nach unserem Verfassungsrechte unter allen Umständen unzulässig, nicht nur dann, wenn das Budget zwischen der Staatsregierung und dem Landtage vereinbart worden ist, sondern auch dann, wenn die Staatsregierung nach ihrer verfassungsmässigen Pflicht das vom Landtage abgeänderte Budget zurückweisen zu müssen glaubte.

Wir können daher diesen dritten Fall füglich als einen kaum denkbaren ausser betracht lassen. Nur soviel sei bemerkt, dass eine staatsrechtliche Lücke für diesen Fall nicht anzuerkennen wäre. Der König als Inhaber „aller Rechte der Staatsgewalt“ würde zweifellos befugt sein, aus eigener Macht solange für das Staatswohl zu sorgen, bis der Landtag zu seinen verfassungsmässigen Pflichten zurückkehren würde.

Ueber die Frage der Erübrigungen und der ausserordentlichen Ausgaben bedarf es nur weniger Worte. Die früheren Ansichten der Staatsregierung hierüber waren offenbar unhaltbar und mühsam auf die künstlichste Beweisführung gestützt. Im Verfassungsverständnisse §§ 2 und 7 sind sie denn auch verworfen und es ist insbesondere anerkannt worden, dass die Erübrigungen gleich den Kassenbeständen und Aktiven aller Art von Rechts wegen zu den Deckungsmitteln der nächsten Finanzperiode gehören und in das Budget einzustellen sind.

Secundogenitur und Primogenitur.

Von

Hermann von Sicherer.

I.

Die
Secundogenitur des Bayerischen Verfassungsrechts.

Die Verfassungsurkunde für das Königreich Bayern vom 26. Mai 1818 hat in Titel II § 6 zwei Fälle vorgesehen, in welchen die Krone nicht nach Erstgeburtsrecht, sondern nach Zweitgeburtsrecht übergehen soll.

„Sollte die Bayerische Krone nach Erlöschung des Mannsstammes an den Regenten einer grössern Monarchie gelangen, welcher seine Residenz im Königreiche Bayern nicht nehmen könnte, oder würde, so soll dieselbe an den zweitgebornen Prinzen dieses Hauses übergehen . . .

„Kömmt aber die Krone an die Gemahlin eines auswärtigen grössern Monarchen, so wird sie zwar Königin, sie muss jedoch einen Vice-König, der seine Residenz in der Hauptstadt des Königreichs zu nehmen hat, ernennen, und die Krone geht nach ihrem Ableben an ihren zweitgebornen Prinzen über."

Die eine Bestimmung würde zutreffen, wenn die Krone nach dem Erlöschen des Mannsstammes an ein erbverbrüdertes Haus gelangen würde.

Die andere Bestimmung würde anwendbar sein, wenn die Krone nach dem Erlöschen des Mannsstammes an die Erbtochter gelangt wäre.

Die erste Bestimmung regelt die Erbfolge, welche beim

Uebergang der Krone an das erbverbrüderte Haus eintreten soll.

Die zweite Bestimmung regelt die Erbfolge, welche nach dem Tode der Erbtochter eintreten soll.

Die beiden Bestimmungen sind nach dem Antrage des Staatsministers Freiherrn von Lerchenfeld im Einverständnisse mit dem Kronprinzen Ludwig in die Verfassungsurkunde aufgenommen worden. Der Staatsminister Freiherr von Lerchenfeld erachtete es für wünschenswert, „die beruhigende Anordnung" zu treffen, „dass, falls Bayern in Folge der Erbverbrüderung an ein grösseres Haus fallen sollte, dieses verbunden werde, eine Secundogenitur in Bayern zu errichten und dadurch Bayerns Selbständigkeit zu erhalten."

So das Protokoll der Ministerialkonferenz vom 20. Mai 1818 nach den Mitteilungen von Max Seydel, Bayerisches Staatsrecht Band I S. 400 Anm. 1, S. 408.

Eine Vererbung der Krone nach Zweitgeburtsrecht war auch in den Familiengesetzen vom 28. Juli 1808 und vom 18. Januar 1816 beim Uebergang auf den Weiberstamm vorgesehen. Die Erbtochter selbst war nach diesen Familiengesetzen von der Krone ausgeschlossen; auf den Thron sollte der erstgeborne Sohn der Erbtochter gelangen; wenn aber dieser Prinz zur Erbfolge in einen auswärtigen (nicht zum Rheinischen oder Deutschen Bunde gehörenden) Staat berufen wäre, oder einen solchen schon wirklich besitzen würde, und nicht geneigt wäre darauf zu verzichten, so sollte der „zunächst folgende Sohn" an dessen Stelle treten.

So das Familiengesetz vom 28. Juli 1808 Titel V Art. 29—33, das Familiengesetz vom 18. Januar 1816 Titel V Art. 27—29, 32, bei Hermann Schulze, Die Hausgesetze Band I S. 316, 326, 327.

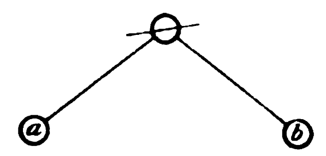
Eine Erbverbrüderung war in diesen Familiengesetzen nicht vorbehalten.

Die beiden Bestimmungen der Verfassungsurkunde haben verschiedene Streitfragen hervorgerufen.

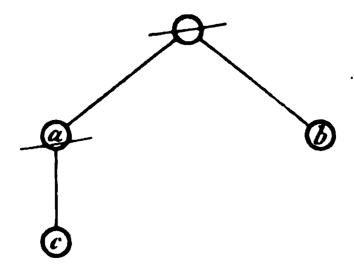
Eine Frage ist bisher nur berührt worden. Auch Max Seydel hat dieselbe nicht beantwortet.

Es kann gefragt werden: Welcher Prinz des erbverbrüderten Hauses ist der „zweitgeborne Prinz dieses Hauses"?

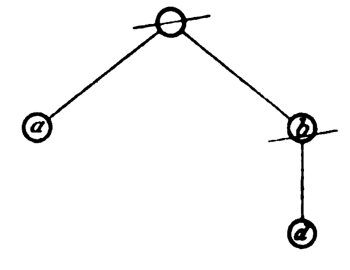
Wenn das erbverbrüderte Haus beim Anfall der Bayerischen Krone nur zwei Sprossen zählt, den Erstgebornen, welcher Regent einer grösseren Monarchie ist und seine Residenz im Königreich Bayern nicht nehmen kann, und einen Prinzen, welcher eine jüngere Linie vertritt, so wird kaum ein Zweifel obwalten, an welchen der beiden Herren die Bayerische Krone übergehen soll. Die Krone wird an das Haupt der jüngeren Linie gelangen, gleichviel ob dieser Prinz ein Bruder oder ob er ein Oheim, ein Neffe oder ein Vetter des Erstgebornen ist.



Die Krone wird an b gelangen, wenn im Augenblick des Anfalls a Regent einer grösseren Monarchie ist;

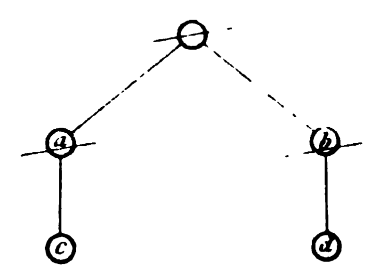


sie wird an b gelangen, wenn im Augenblick des Anfalls a bereits verstorben und c Regent einer grösseren Monarchie ist.



Die Krone wird an d gelangen, wenn im Augenblick des

Anfalls b bereits verstorben und a Regent einer grösseren Monarchie ist;



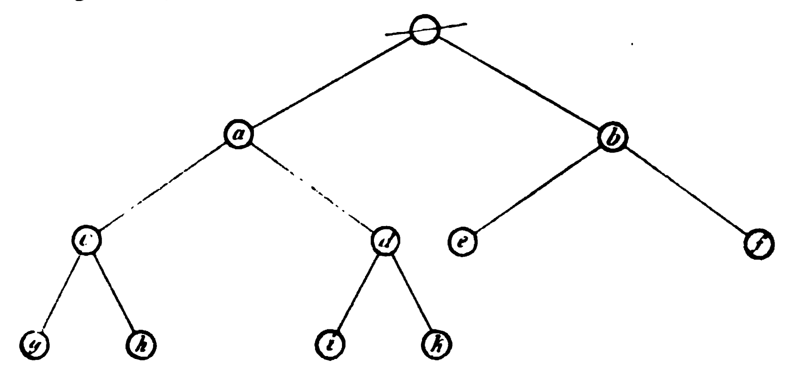
sie wird an d gelangen, wenn im Augenblick des Anfalls a und b bereits verstorben sind und c Regent einer grösseren Monarchie ist.

So würde auch Max Seydel entscheiden, wie aus seiner Bemerkung, Bayerisches Staatsrecht Band I S. 401 Anm. 1 geschlossen werden darf.

Der Familienstand des erbverbrüderten Hauses kann aber im Augenblick des Anfalls der Bayerischen Krone ein zahlreicherer sein.

Wählen wir ein Beispiel!

Der Erstgeborne, Regent einer grösseren Monarchie, hat einen jüngeren Bruder. Beide Brüder sind verheiratet; jedem der beiden Brüder sind zwei Söhne geboren. Die beiden Söhne des Erstgebornen, der Kronprinz und sein jüngerer Bruder, sind ebenfalls verheiratet; jedem dieser Prinzen sind ebenfalls zwei Söhne geboren. Welcher Prinz des erbverbrüderten Hauses ist nun der „zweitgeborne Prinz dieses Hauses"? Der jüngere Bruder des Herrschers, b? Oder der jüngere Bruder des Kronprinzen, d? Oder der jüngere von den beiden Söhnen des Kronprinzen, h?

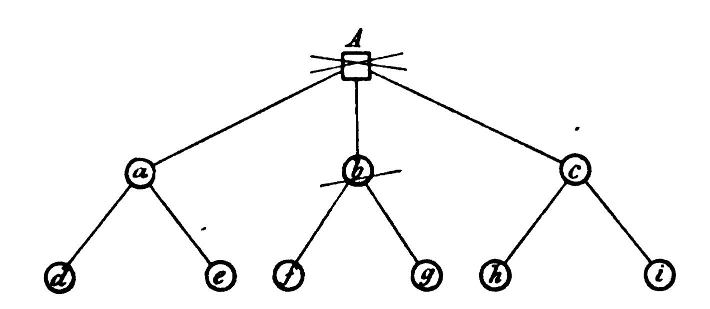


Und wenn beim Eintritt des Falls der jüngere Bruder des Herrschers, b, bereits verstorben wäre, könnte man vielleicht sagen, dass dessen erstgeborner Sohn, e, als der „zweitgeborne Prinz dieses Hauses“ zu betrachten sei?

Ebenso kann die Frage aufgeworfen werden: Welcher Prinz ist der zweitgeborne Prinz der Erbtochter?

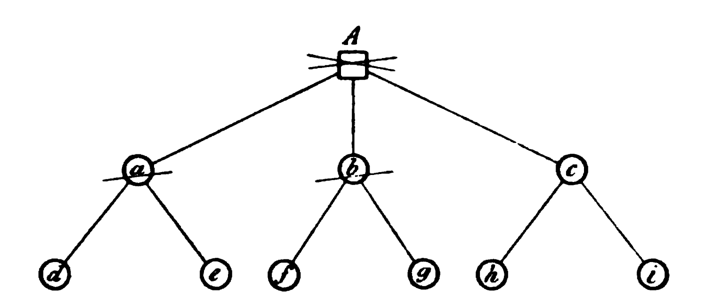
Wenn die Erbtochter ihrem Gemahl drei Söhne geboren hat, welche die Mutter überleben, so ist die Antwort zweifellos.

Setzen wir aber den Fall so: Jeder der drei Söhne ist verheiratet; jedem sind zwei Prinzen geboren; der zweitgeborne Sohn geht vor seiner Mutter mit Tod ab.



Welcher Prinz ist nun der zweitgeborne Prinz, an welchen bei dem Ableben der Erbtochter die Krone übergehen soll? Ist es der erstgeborne Sohn f des vorverstorbenen zweitgebornen Sohnes b? Könnte man nicht einwenden, dieser Prinz sei nicht ein zweitgeborner, sondern ein erstgeborner Prinz? er sei nicht ein Sohn, sondern ein Enkel der Erbtochter? er sei daher nicht „ihr zweitgeborner Prinz“? Könnte nicht gesagt werden: „ihr zweitgeborner Prinz“ sei unter den noch lebenden Söhnen der Erbtochter der zweitgeborne? Die Krone gehe daher bei dem Ableben der Erbtochter nicht auf den erstgebornen Sohn f des vorverstorbenen zweitgebornen Sohnes b, sondern auf den noch lebenden drittgebornen Sohn c über?

Wie aber dann, wenn die Erbtochter nicht nur ihren zweitgebornen Sohn b, sondern auch ihren erstgebornen Sohn a überleben würde?



Könnte man auch in diesem Fall daran denken, die Krone an c, den einzigen noch lebenden Sohn der Erbtochter übergehen zu lassen? Und wenn die Krone nicht an c gelangen soll, an wen soll sie übergehen? an e, den zweitgebornen Sohn des vorverstorbenen erstgebornen Sohnes? oder an f, den erstgebornen Sohn des vorverstorbenen zweitgebornen Sohnes?

Eine Antwort auf diese Fragen wird sich nur dadurch gewinnen lassen, dass das Wesen des Zweitgeburtsrechts untersucht, der Begriff „Zweitgeborner" festgestellt wird.

Vor dem Eintritt in diese Untersuchung wird es sich empfehlen, zur Vergleichung das Hausgesetz eines anderen Deutschen Fürstenhauses heranzuziehen, welches über „Secundogenitur" eingehende Bestimmungen enthält.

II.

Die Secundogenitur des Königlich Sächsischen Hausgesetzes.

In dem Königlich Sächsischen Hausgesetz vom 30. Dezember 1837

bei Hermann Schulze, Die Hausgesetze Band III S. 253 ff.

trägt der sechste Abschnitt die Ueberschrift „Secundogenitur". Die Secundogeniturfolge des Königlich Sächsischen Hausgesetzes ist nicht Succession in die Krone, sondern Succession in eine

Appanage, welche grösser ist als die Appanage der übrigen Prinzen des Königlichen Hauses. Die Appanage, in welche nach Zweitgeburtsrecht succediert werden soll, besteht in einer Jahresrente von 85000 Thalern, welche aus der Staatskasse zu zahlen ist.

Das Hausgesetz benennt denjenigen Prinzen, welcher mit der Erlassung des Hausgesetzes in den Genuss der Secundogenitur eintreten sollte. Es war der Prinz Johann von Sachsen, der jüngere Bruder des regierenden Königs Friedrich August II. von Sachsen.

Das Hausgesetz verfügt sodann — in § 47 — dass die Nachkommen des Prinzen Johann in die Secundogenitur nach dem Rechte der Erstgeburt in agnatischer Linealerbfolge succedieren sollen.

Die Vererbung nach dem Rechte der Erstgeburt sollte unterbrochen werden, wenn der Secundogeniturinhaber zur Thronfolge gelangen würde. Dann sollte — laut § 50 — „der Besitz der Secundogenitur auf den, mit Ausschluss der eigenen Descendenz des nunmehrigen Regenten, nach der § 47 bemerkten Erbfolge, zunächst dazu Berechtigten übergehen.“

Wenn aber in einem solchen Fall nur der Secundogeniturinhaber, d. i. der nunmehrige König, und dessen Nachkommenschaft übrig wäre, so geht — nach § 51 — die Secundogenitur „sofort auf den ältesten der nachgeborenen Söhne des Königs und dessen Descendenz über“.

Ebenso geht — nach § 51 — die Secundogenitur auf den ältesten der nachgeborenen Söhne des Königs und dessen Descendenz über, wenn „bei dem Ableben eines Secundogeniturbesitzers keine Nebenlinie, sondern nur der König und seine Nachkommenschaft vorhanden“ ist.

Wenn in dem einen oder in dem andern Fall „nachgeborne Söhne in der regierenden Linie“ nicht vorhanden sind, so ruht die Secundogenitur; sie „revivisciert erst dann, sobald wieder eine nachgeborne Descendenz im Königlichen Hause Sachsen entsteht.“

So die einzelnen Bestimmungen des Königlich Sächsischen Hausgesetzes.

Die allgemeinen Grundsätze, welche aus den einzelnen Bestimmungen abgeleitet werden können, sind die folgenden:

1) Der König von Sachsen kann in keinem Fall den Genuss der Secundogenitur haben. Der König kann nicht in die Secundogenitur succedieren, er kann nicht im Genusse der Secundogenitur verbleiben, auch dann nicht, wenn er der einzige zur Zeit lebende Sprosse des Königlichen Hauses wäre. Dies erklärt sich daraus, dass die Secundogenitur des Königlich Sächsischen Hausgesetzes eine Appanage, nicht etwa ein Familienfideicommiss ist.

2) In den Genuss der Secundogenitur kann nur ein Seitenverwandter oder ein Abkömmling des Königs eintreten. An einen Abkömmling des Königs kann die Secundogenitur nur dann gelangen, wenn ein Seitenverwandter des Königs nicht vorhanden ist.

3) Das Hausgesetz beruft zum Genuss der Secundogenitur den Erstgebornen aus der einzigen zu jener Zeit blühenden Nebenlinie des Königlichen Hauses. Der Erstgeborne aus dieser Linie sollte nach dem Hausgesetz in die Secundogenitur auch dann succedieren, wenn die zu jener Zeit regierende Linie sich in zwei oder mehrere Linien teilen würde.

4) Wenn der Prinz, welcher in den Genuss der Secundogenitur gelangt ist, regierender Herr wird, so soll die Secundogenitur an den Erstgebornen aus der nächstältesten Nebenlinie übergehen, wenn aber eine Nebenlinie nicht vorhanden ist, an den Erstgebornen aus der zweitältesten Linie, welche von dem neuen Herrscher abstammt.

5) Wenn die Linie erlischt, an deren Haupt die Secundogenitur gelangt ist, so soll die Secundogenitur an eine Nebenlinie innerhalb des Königlichen Hauses übergehen, in Ermangelung einer Nebenlinie aber an die zweitälteste Linie, welche von dem zur Zeit regierenden König abstammt.

Offen bleibt nach dem Hausgesetz die Frage, an welche unter mehreren Nebenlinien die Secundogenitur in einem derartigen Fall übergehen soll, ob an eine jüngere Nebenlinie oder an eine ältere Nebenlinie, und wenn keine jüngere Nebenlinie, wohl aber zwei oder mehrere ältere Nebenlinien vorhanden sind, welche zu verschiedenen Zeiten sich abgezweigt haben, ob die

Secundogenitur an diejenige Nebenlinie übergehen soll, welche sich früher abgezweigt hat, oder an diejenige Nebenlinie, welche im Alter zunächst auf die regierende Linie folgt.

Die Secundogenitur im Königlich Sächsischen Haus ist aus Bayerischem Allodialvermögen und durch eine Bayerische Prinzessin gestiftet worden. Die Stifterin war die Prinzessin Maria Antonia Walpurgis (geboren 18. Juli 1724, gestorben 23. April 1780), eine Tochter des Kurfürsten Karl Albert von Bayern, des späteren Römischen Kaisers Karl VII., eine Schwester des Kurfürsten Maximilian Joseph III. von Bayern, mit welchem am 30. Dezember 1777 die Ludwigische oder Wilhelminische Linie des Wittelsbachischen Hauses im Mannsstamm erlosch. Von den sämtlichen Geschwistern des Kurfürsten Maximilian Joseph III. von Bayern hat nur diese eine Schwester ihren Bruder überlebt und Nachkommenschaft hinterlassen. Sie hatte sich am 13. Juni 1747 mit dem damaligen Kurprinzen, dem späteren Kurfürsten von Sachsen Friedrich Christian Leopold (geboren 5. September 1722, gestorben 17. Dezember 1763) vermählt, welchem sie fünf Söhne gebar, den Erbprinzen Friedrich August, die Prinzen Karl, Joseph, Anton und Maximilian. Im Jahre 1776 trat sie ihre Ansprüche an die Bayerische Allodialverlassenschaft ihrem ältesten Sohn, dem Kurfürsten Friedrich August III. von Sachsen unter gewissen Bedingungen ab; sie bedang sich insbesondere die Errichtung einer Secundogenitur aus, deren Genuss zunächst ihrem zweitältesten Sohne, dem Prinzen Karl zukommen sollte.

Die Geschichte dieser Abtretung hat in neuerer Zeit aus archivalischen Quellen Karl von Weber erzählt, Maria Antonia Walpurgis, Churfürstin zu Sachsen, geb. kaiserliche Prinzessin in Bayern, Dresden 1857, Band II S. 45 ff.; er hat jedoch die rechtlich erheblichen Urkunden nicht veröffentlicht. Er hat weder die Erklärung der Kurfürstin Maria Antonia vom März 1776 mitgeteilt, in welcher sie die Bedingungen bezeichnete, unter denen sie ihre Ansprüche abtreten wollte, noch die Gegenerklärung des Kurfürsten Friedrich August III. vom 20. April 1776, noch die Cessions-Urkunde vom 6. Oktober 1776, in welche die vereinbarten Bedingungen aufgenommen worden sind. Die Cessions-Urkunde vom 1. Mai 1776, auf welche sich der Kurfürstlich Sächsische Hof in den Verhandlungen über die Bayerische Erbfolge be-

zog, enthielt lediglich die Cessions-Erklärung, nicht aber die vereinbarten Bedingungen.

Im Frieden von Teschen vom 13. Mai 1779 verzichtete der Kurfürst von Sachsen gegen eine Summe von sechs Millionen Gulden, zahlbar in vierundzwanzig halbjährigen Fristen, auf alle weiteren Ansprüche an die Bayerische Allodialverlassenschaft.

Convention entre Leurs Altesses Sérénissimes l'Electeur Palatin et l'Electeur de Saxe, bei G. F. de Martens, Recueil de Traités Tom. II. p. 674.

Die von Bayern eingehenden Summen wurden von dem Kurfürsten Friedrich August III. nicht der Chatoulle, sondern der Hauptkasse überwiesen;

K. H. L. Pölitz, Die Regierung Friedrich Augusts, Leipzig 1830 Teil I S. 206.

die Verhältnisse der Secundogenitur aber wurden im Jahre 1781 durch ein „Abkommen" „näher bestimmt."

So berichtet das Königlich Sächsische Hausgesetz im § 42. Auch das „Abkommen" vom Jahr 1781 ist dem Wortlaut nach nicht bekannt. Im Jahr 1837 bei den Verhandlungen über das Hausgesetz sind die „einschlagenden Urkunden" der vereinigten ersten und zweiten Deputation der zweiten Kammer vorgelegt, sie sind aber nicht in die Landtags-Acten aufgenommen worden; Landtags-Acten vom Jahr 1837, Beilagen zu den Protocollen der zweiten Kammer 3. Sammlung S. 637.

Von den jüngern Brüdern des Kurfürsten Friedrich August III. war der Prinz Joseph (geboren 26. Januar 1754) schon vor der Errichtung der Secundogenitur (am 25. März 1763) verstorben; der Prinz Karl (geboren 24. September 1752), für welchen die Secundogenitur zunächst bestimmt war, ging am 8. September 1781 unvermählt mit Tod ab. Die Secundogenitur gelangte an den Prinzen Anton (geboren 27. Dezember 1755), und als dieser nach dem unbeerbten Tode seines ältesten Bruders (am 5. Mai 1827) mit 72 Jahren kinderlos zur Regierung kam, an den Prinzen Maximilian (geboren 13. April 1759), das Haupt der einzigen zu jener Zeit blühenden Nebenlinie des Königlichen Hauses.

Der Prinz Maximilian befand sich noch im Genuss der Secundogenitur, als der Entwurf des Hausgesetzes den Landständen zum ersten Mal, im Jahr 1831, vorgelegt wurde.

Landtags-Acten vom Jahre 1830 Band III. S. 1524 Nr. 177.

Auf die Thronfolge hatte der Prinz Maximilian kurze Zeit vorher, am 13. September 1830, zu Gunsten des älteren seiner beiden Söhne, des Prinzen Friedrich August Verzicht geleistet, welcher gleichzeitig von seinem Oheim, dem König Anton, zum Mitregenten angenommen wurde. Im Hinblick auf diese Verhältnisse bestimmte der Entwurf des Hausgesetzes von 1831 in den §§ 43 und 45, dass die Secundogenitur nach dem Ableben des Prinzen Maximilian nicht an den älteren, sondern an den jüngeren der beiden Söhne, an den Prinzen Johann, übergehen und in dessen Linie nach dem Recht der Erstgeburt sich vererben solle.

Als der Entwurf des Hausgesetzes den Landständen zum zweiten Mal, im Jahr 1837, vorgelegt wurde, war König Anton verstorben, Prinz Maximilian noch am Leben, der bisherige Mitregent Friedrich August König geworden. Nach dem Entwurf des Hausgesetzes sollte der Thronwechsel auch einen Wechsel in der Secundogenitur zur Folge haben. Der Uebergang der Krone von dem König Anton auf seinen Neffen, den Prinzen Friedrich August sollte auf die Secundogenitur dieselbe Einwirkung ausüben, welche der Uebergang der Krone von dem König Anton auf seinen Bruder, den Prinzen Maximilian ausgeübt haben würde. Die Secundogenitur sollte von dem Prinzen Maximilian, obgleich derselbe den Thron nicht bestiegen hatte, gleichwohl auf seinen zweitältesten Sohn den Prinzen Johann übergehen. „Die Verzichtleistung Seiner Königlichen Hoheit des Prinzen Maximilian zu Gunsten seines Erstgeborenen, des jetzt regierenden Königs Friedrich August Majestät, — so besagen die Motive zu dem Entwurf des Hausgesetzes, — hat dem erworbenen Rechte des Prinzen Johann Königliche Hoheit auf den Eintritt in die ihm ex providentia majorum angefallene Secundogenitur keinen Eintrag thun können und sollen.“

Landtags-Acten vom Jahr 1836/37, Königliche Mittheilungen an die Stände Band II. S. 243 Nr. 63.

Aus dem Entwurf ist die Bestimmung unverändert in das Hausgesetz übergegangen.

Vielleicht kann aus dieser Bestimmung ein Fingerzeig für die Beantwortung der noch offenen Fragen entnommen werden.

In einer Beziehung ist das Hausgesetz und der Entwurf zu demselben aus dem Jahr 1837 sorgfältiger redigiert als der Entwurf aus dem Jahr 1831. In dem Entwurf von 1831 war in § 47 gesagt: wenn der Secundogeniturinhaber zur Thronfolge gelangen würde und wenn in diesem Fall nur der Secundogeniturbesitzer und seine Nachkommenschaft übrig wäre, so solle die Secundogenitur auf den ältesten seiner nachgebornen Söhne übergehen. In dem Hausgesetz dagegen und in dem Entwurf von 1837 ist gesagt, dass in diesem Fall die Secundogenitur auf den ältesten der nachgebornen Söhne des Königs und dessen Descendenz übergehen solle. Durch diese Fassung ist ausser Zweifel gestellt, dass die Secundogenitur, wenn der zweitälteste Sohn des Königs beim Eintritt des Falls mit Hinterlassung von Söhnen verstorben wäre, nicht etwa auf den drittältesten Sohn des Königs, sondern auf den ältesten Sohn des vorverstorbenen zweitältesten Sohnes übergehen soll.

Da die Stiftungsurkunden von 1776 und 1781 nicht veröffentlicht sind, so kann die Auslegung des Hausgesetzes nur aus seinen eigenen Bestimmungen abgeleitet werden. Was das Hausgesetz enthält, ist in vorzüglichem Masse geeignet, das Wesen des Zweitgeburtsrechts und die Eigentümlichkeiten der Secundogeniturfolge zu erläutern.

III.

Die Rechtsbegriffe „Erstgeborner“, „Zweitgeborner.“

Das Wesen des Zweitgeburtsrechts kann nur aus dem Wesen des Erstgeburtsrechts entwickelt werden. Der Zweitgeborne setzt den Erstgebornen voraus; er kann nur im Gegensatz und im Verhältniss zu dem Erstgebornen gedacht werden. Wie der Begriff „Subsenior“ in einem Fürstenhaus nach den Grundsätzen der Senioratsordnung, so ist der Begriff „Zweitgeborner“ in einem Fürstenhaus nach den Grundsätzen der Erstgeburtsordnung festzustellen.

Die Erbfolgeordnung nach Erstgeburtsrecht, wie sie in den

Deutschen Fürstenhäusern sich ausgebildet hat, ist eine Erbfolgeordnung nach Linien, bei welcher lediglich das Alter der Linie den Ausschlag gibt. Die ältere Linie schliesst die jüngeren Linien, der Erstgeborne und seine Nachkommenschaft schliesst die Spätergebornen und deren Nachkommenschaft von der Thronfolge aus. Die Nähe des Grades wird nicht in Betracht gezogen. Es kömmt weder auf die Nähe der Verwandtschaft zu dem letztverstorbenen regierenden Herrn, noch auf die Nähe der Verwandtschaft zu dem gemeinschaftlichen Stammvater des Hauses an.

Mit der Erbfolgeordnung nach Erstgeburtsrecht ist der Gegensatz zwischen dem Erstgebornen und den Nachgebornen gegeben. Der Erstgeborne ist das jeweilige Haupt der ältesten Linie. Die Nachgebornen sind diejenigen Glieder des Fürstenhauses, welche von der Regierung um deswillen ausgeschlossen sind, weil Erstgeburtsrecht gilt. Die Nachgebornen sind nicht die Abkömmlinge, sondern die Seitenverwandten des regierenden Herrn. Die Abkömmlinge des regierenden Herrn sind von der Regierung nicht um deswillen ausgeschlossen, weil eine ältere Linie besteht, sondern um deswillen, weil ihr Stammvater noch am Leben ist. Sie würden von der Regierung auch dann ausgeschlossen sein, wenn nicht Erstgeburtsrecht, sondern Teilungsrecht gelten würde.

Wenn Teilungsrecht gelten würde, so wären die sämtlichen Häupter der in einem bestimmten Zeitpunkt blühenden Linien zur Regierung berufen. Die Abkömmlinge der Linienhäupter wären auch nach Teilungsrecht von der Regierung ausgeschlossen. Durch das Erstgeburtsrecht wird ein Unterschied unter den Linienhäuptern begründet. Die Häupter der jüngeren Linien werden von der Regierung ausgeschlossen; das Haupt der ältesten Linie wird allein zur Regierung berufen. Die Linien des Hauses scheiden sich in eine regierende Linie und in nicht regierende Linien, Neben- oder Seitenlinien. Die regierende Linie ist die von dem regierenden Herrn ausgehende Linie des Hauses; die Neben- oder Seitenlinien sind die von Nachgebornen ausgehenden Linien des Hauses. Die regierende Linie begreift in sich den regierenden Herrn und dessen etwaige Nachkommenschaft; jede Neben- oder Seitenlinie begreift in sich einen Nachgebornen als Stammvater und dessen etwaige Nachkommenschaft.

Auch die Häupter der jüngeren Linien ordnen sich unter einander nach dem Alter der Linien, oder mit anderen Worten, sie ordnen sich untereinander nach Erstgeburtsrecht. Es gibt einen Erstgebornen unter den Nachgebornen, wie es einen Erstgebornen des gesamten Hauses gibt. Der Erstgeborne unter den Nachgebornen ist nach derselben Regel zu bestimmen, wie der Erstgeborne des gesamten Hauses. Auch für die Ermittelung des Erstgebornen unter den Nachgebornen gilt der Grundsatz, dass lediglich das Alter der Linie den Ausschlag gibt.

Damit ist der Rechtsbegriff „Zweitgeborner" aufgestellt.

Der Zweitgeborne in einem Fürstenhaus, in welchem die Erbfolgeordnung nach Erstgeburtsrecht gilt, ist das Haupt der zweitältesten Linie oder das Haupt der ältesten Nebenlinie oder der Erstgeborne unter den Nachgebornen.

Oder mit anderen Worten: Der Zweitgeborne ist derjenige Prinz des Hauses, welcher regierender Herr sein würde, wenn der Erstgeborne und dessen etwaige Nachkommenschaft nicht vorhanden wäre.

In derselben Weise ist der Begriff „Drittgeborner" zu bestimmen.

Der Drittgeborne in einem Fürstenhaus, in welchem die Erbfolgeordnung nach Erstgeburtsrecht gilt, ist das Haupt der drittältesten Linie oder das Haupt der zweitältesten Nebenlinie oder der Zweitgeborne unter den Nachgebornen. Der Drittgeborne steht zu dem Zweitgebornen in demselben Verhältniss, wie der Zweitgeborne zu dem Erstgebornen. Wie der Zweitgeborne nicht ein Abkömmling, sondern ein Seitenverwandter des Erstgebornen ist, so ist der Drittgeborne nicht ein Abkömmling, sondern ein Seitenverwandter des Zweitgebornen.

Der Begriff „Zweitgeborner" ist ebenso ein Rechtsbegriff wie der Begriff „Erstgeborner". Die beiden Begriffe gehören derselben Erbfolgeordnung an. Die Rechtsbegriffe „Erstgeborner", „Zweitgeborner" bezeichnen nicht eine natürliche Eigenschaft der Person, sondern eine rechtliche Stellung der Person. Sie bezeichnen nicht die Eigenschaft erstgeborner, zweitgeborner Sohn zu sein, sondern sie bezeichnen einen bestimmten Platz in einer Familie, in welcher die Erbfolgeordnung nach Erstgeburtsrecht gilt. Erstgeborner im Sinn des Deutschen Privatfürstenrechts

oder regierender Herr kann der erstgeborne Sohn, kann aber auch der zweitgeborne, drittgeborne Sohn seines Vaters, sei es eines regierenden Herrn, sei es eines Nachgebornen sein. Ebenso kann „Zweitgeborner" im Sinn des Deutschen Privatfürstenrechts der zweitgeborne Sohn, aber auch der drittgeborne, viertgeborne Sohn seines Vaters, sei es eines regierenden Herrn, sei es eines Nachgebornen, oder auch der erstgeborne Sohn eines Nachgebornen sein.

Der Ausdruck „Zweitgeborner" bezeichnet einen bestimmten Platz in der Erbfolgeordnung nach Erstgeburtsrecht; er bezeichnet aber nicht gerade den zweiten Platz. Der Zweitgeborne ist nicht oder doch nicht notwendiger Weise der Nächste am Thron. Der Nächste am Thron ist der Erb- oder Kronprinz. Der Erb- oder Kronprinz ist aber nicht der Zweitgeborne, ebensowenig wie der Erbprinz des Erbprinzen der Drittgeborne ist. Nur dann, wenn der regierende Herr keine Nachkommenschaft hat, ist der Zweitgeborne zugleich der Nächste am Thron. Die Ausdrücke „Zweitgeborner", „Drittgeborner" bezeichnen nicht die Reihenfolge, in welcher die Personen auf den Thron succedieren, sondern die Reihenfolge, in welcher die Linien succedieren.

Was bisher über die Begriffe gesagt worden ist, welche der Lehre vom Erstgeburtsrecht angehören, das ist in der gleichen Weise von den Deutschen Juristen schon im 17. und im 18. Jahrhundert entwickelt worden.

Noch im 17. Jahrhundert waren die Grundsätze über die Erbfolge nach Erstgeburtsrecht nicht in voller Schärfe ausgebildet. Unbestritten war, dass unter Abkömmlingen lediglich das Alter der Linie entscheide; zweifelhaft war, ob nicht unter Seitenverwandten die Nähe des Grades und unter gleich nahen Seitenverwandten das höhere Lebensalter den Ausschlag gebe. Die Streitfrage schöpfte ihre Nahrung zum Teil aus den Worten der Goldenen Bulle, welche einer verschiedenen Deutung Raum liessen, zum Teil aus den Grundsätzen des Römischen Rechts, nach welchen über die Erbfolge der Seitenverwandten die Nähe des Grades entscheiden soll.

Es sei gestattet, auf die Darstellung zu verweisen, welche Hermann Schulze gegeben hat, Das Recht der Erstgeburt in

den deutschen Fürstenhäusern, Leipzig 1851, S. 386 ff. Sehr lehrreich sind die Schriften über die Erbfolge in die Pfälzische Kur, welche nach dem Erlöschen der Kurlinie Simmern im Jahre 1685 gewechselt worden sind. Zur Succession gelangte das Haupt der nächstältesten Linie, der Pfalzgraf Philipp Wilhelm von Neuburg; Anspruch auf die Succession erhob das Haupt der jüngsten Linie, der Pfalzgraf Leopold Ludwig von Veldenz, weil er im Grade am nächsten verwandt sei. In den Streitschriften, welche zu Gunsten des Pfalzgrafen von Veldenz veröffentlicht wurden, wird gelehrt, dass nach der Goldenen Bulle unter „consanguinei" nicht „secundum ordinem geniturae" succediert werde; es entscheide nicht die „prioritas lineae", sondern die „proximitas gradus." Einen Auszug aus den Streitschriften gibt Johann Jacob Moser, Teutsches Staats-Recht, Teil XV S. 314—324.

Erst seit dem 17. Jahrhundert wurde die Lehre vom Erstgeburtsrecht von den Streitfragen gereinigt, die Erbfolge nach Erstgeburtsordnung in strenger Folgerichtigkeit durchgeführt.

Es wurde gelehrt, dass die Erbfolgeordnung nach Erstgeburtsrecht eine Erbfolgeordnung nach Linien sei, bei welcher lediglich das Alter der Linie den Ausschlag gebe.

So von Georg Melchior von Ludolf, De introductione juris primogeniturae, pars specialis aphorismus III: Juris primogeniturae essentialem conceptum in ordine succedendi lineali constituo, ita ut de una linea, quam primogenitorum quilibet novam inchoat, in aliam, nisi extincta proxime praecedenti, transitus non fiat. Ebenso lehrt Johann Stephan Pütter, Elementa juris Germanici privati hodierni, editio II (Goettingae 1756), § 755: Quae successio (scilicet ex jure primogeniturae) quia solius lineae, nullam graduum rationem habet, linealis vocatur, cui opponitur gradualis, quae communis est et propiorem gradu praefert reliquis... ubi jus primogeniturae, ibi successionem linealem esse, certissime colligi potest.

Es wurde gezeigt, dass nach Erstgeburtsrecht die Erbfolgeordnung unter Seitenverwandten von demselben Grundsatz beherrscht wird, wie die Erbfolgeordnung unter Abkömmlingen.

So insbesondere von J. St. Pütter in seiner lehrreichen Abhandlung „Unstatthaftigkeit der Römischen Gradualfolge unter Seitenverwandten in reichsständischen Häusern", Erörterungen und Beyspiele des Teutschen Staats- und Fürstenrechts Band I Göttingen 1793, insbesondere S. 307 ff.

Es wurde erklärt, dass zwischen dem Erstgebornen im rechtlichen Sinn und dem Erstgebornen im natürlichen Sinn zu unterscheiden sei.

So von G. M. von Ludolf pars specialis aphorismus I: eum dicimus primogenitum, qui in ordine geniturae stirpis sive lineae primum sortitus est locum. Quod cum ita fiat vel continuata serie descendentium vel ita ut extinctis hisce omnibus filius secundo genitus locum primi, tertio genitus secundi occupet, hocce sensu recipi potest distinctio vulgata primogeniturae in naturalem et legitimam.

Es wurde endlich die Gliederung der Familie in Linien durch den Ausspruch veranschaulicht, dass jedes Haupt einer Linie in einem gewissen Sinn als Erstgeborner zu betrachten sei. So viele Linienhäupter, so viele Erstgeborne. Die Linienhäupter unter einander ordnen sich aber nach dem Alter der Linie.

So lehrt bereits der Württembergische Jurist Christoph Besold († 1638) in seinem Werk Disputationum nomopoliticarum libri III: Quot filios rex aliquis relinquit, tot inde promanant Primogeniturae, ex quibus prior linea, donec durat, succedit, eaque absumpta vocatur secunda, ac ita reliquae deinceps. Wiederholt ist dieser Ausspruch von Knipschildt, De fideicommissis familiarum nobilium cap. IX num. 70.

Damit war ausgesprochen, dass der Zweitgeborne ebenso wie der Drittgeborne in einem gewissen Sinn als Erstgeborner zu betrachten sei. Johann Stephan Pütter findet es auch ganz natürlich, von einem Erstgebornen unter den Nachgebornen zu sprechen. Er gebraucht diesen Ausdruck bei der Erwähnung einzelner hausgesetzlicher Bestimmungen, in welchen „dem ältesten ex secundogenitis“ eine grössere Appanage als den übrigen zugewiesen wird.

De augendo apanagio 1745 cap. II § 15 not. I, II, wieder abgedruckt in der Sylloge commentationum jus privatum principum illustrantium, Goettingae 1789, pag. 101 sqq.

Die gleiche Bestimmung des Rechtsbegriffs „Zweitgeborner“ liegt der Vorschrift in § 50 des Königlich Sächsischen Hausgesetzes zu Grunde. Wenn der Secundogeniturinhaber zur Thronfolge gelangt, so soll der Besitz der Secundogenitur „mit Ausschluss der eigenen Descendenz des nunmehrigen Regenten“ auf denjenigen Prinzen übergehen, welcher nach dem Rechte der Erstgeburt in agnatischer Linealerbfolge dem König zunächst

steht. Das heisst: wenn der Prinz, welcher kraft Zweitgeburtsrechts in den Genuss der Secundogenitur eingetreten ist, kraft Erstgeburtsrechts auf den Thron berufen wird, so soll der Besitz der Secundogenitur an einen anderen Prinzen des Königlichen Hauses übergehen, welcher nach Zweitgeburtsrecht zu bestimmen ist. Der Zweitgeborne ist nicht unter den Abkömmlingen des Königs, sondern unter den Seitenverwandten des Königs zu suchen. Unter den Seitenverwandten entscheidet das Recht der Erstgeburt, das heisst das Alter der Linie, nicht die Nähe des Grades. Der Erstgeborne unter den Nachgebornen ist der Zweitgeborne im Sinn von § 50 des Königlich Sächsischen Hausgesetzes.

IV.

Begriff und Arten der Secundogenitur.

Wie der Ausdruck Primogenitur, so wird der Ausdruck Secundogenitur zur Bezeichnung einer bestimmten Erbfolgeordnung verwendet.

Der Gegenstand der Succession ist für den Begriff der Secundogenitur gleichgültig. Nach Secundogeniturrecht kann succediert werden in eine Krone oder in eine Appanage oder in eine Vermögensmasse, sei es in ein Stammgut, sei es in ein Familienfideicommiss.

Die Secundogeniturfolge ist in Fürstenhäusern üblich, in denen die Primogeniturfolge besteht. Wenn an ein Fürstenhaus, in welchem eine Krone nach Erstgeburtsrecht sich vererbt, eine zweite Krone gelangt, so soll die zweite Krone nicht nach Erstgeburtsrecht, sondern nach Zweitgeburtsrecht vererbt werden, entweder nur beim Anfall oder auch in der Folgezeit. Oder es soll in einem Fürstenhaus, in welchem eine Krone nach Erstgeburtsrecht sich vererbt, einem Prinzen eine Rente oder eine Vermögensmasse, sei es ein Stammgut, sei es ein Familienfideicommiss, überwiesen werden, in welche nach Zweitgeburtsrecht succediert werden soll.

Die Secundogeniturfolge ist der Primogeniturfolge nach-

gebildet. Der leitende Grundsatz ist den beiden Erbfolgeordnungen gemeinschaftlich.

Wie bei der Primogeniturfolge, so gibt auch bei der Secundogeniturfolge lediglich das Alter der Linie den Ausschlag. Ubi jus secundogeniturae, ibi successionem linealem esse, certissime colligi potest, so kann ein Ausspruch von Johann Stephan Pütter gewendet werden. Nach Erstgeburtsrecht wird die älteste, nach Zweitgeburtsrecht wird die zweitälteste Linie gerufen.

Die Nähe des Grades kann bei der Secundogeniturfolge ebensowenig in Betracht gezogen werden wie bei der Primogeniturfolge. Es kömmt weder auf die Nähe der Verwandtschaft zu dem regierenden Herrn, noch auf die Nähe der Verwandtschaft zu dem gemeinschaftlichen Stammvater des Hauses, noch auf die Nähe der Verwandtschaft zu dem letzten Besitzer eines nach Secundogeniturfolge sich vererbenden Rechts oder Vermögens an.

Das Alter der Linie kann aber bei der Secundogeniturfolge auf doppelte Art bestimmt werden, entweder von dem regierenden Herrn aus, oder von einem gemeinschaftlichen Stammvater aus, sei es von dem gemeinschaftlichen Stammvater des gesamten Hauses oder von dem gemeinschaftlichen Stammvater zweier oder mehrerer Linien.

Wenn das Alter der Linie von einem gemeinschaftlichen Stammvater aus zu bestimmen ist, so wird der zweitälteste Sohn des gemeinschaftlichen Stammvaters berufen, und wenn derselbe beim Eintritt des Falls nicht mehr am Leben sein sollte, der Erstgeborne unter den Nachkommen des zweitältesten Sohnes. Der Erstgeborne aus der Linie des zweitältesten Sohnes ist, wenn von dem gemeinschaftlichen Stammvater aus gerechnet wird, das Haupt der zweitältesten Linie, wenn auch die Linie des ältesten Sohnes sich in zwei oder mehrere Linien aufgelöst hat.

Wenn derjenige Prinz des Hauses, welcher zuerst kraft Zweitgeburtsrechts zur Succession gelangt ist, mit Tod abgeht, so wird in weiterer Folge der Erstgeborne aus derjenigen Linie gerufen, welche von dem zweitältesten Sohn des gemeinschaftlichen Stammvaters abstammt. Nach dieser Regel wird nicht

nur im zweiten, sondern ebenso im dritten und in jedem ferneren Fall verfahren. So erscheint die Erbfolgeordnung nach Zweitgeburtsrecht, wenn das Alter der Linie von einem gemeinschaftlichen Stammvater aus bestimmt werden soll, als eine Erbfolgeordnung nach Erstgeburtsrecht innerhalb einer einzelnen Linie des Hauses.

Erlischt die Linie, welche von dem zweitältesten Sohn des gemeinschaftlichen Stammvaters abstammt, so wird der Erstgeborne aus derjenigen Linie berufen, welche von dem drittältesten Sohn des gemeinschaftlichen Stammvaters ihren Ursprung ableitet. Der Erstgeborne aus dieser Linie ist nunmehr, von dem gemeinschaftlichen Stammvater aus gerechnet, das Haupt der zweitältesten Linie geworden. So erscheint die Erbfolgeordnung nach Zweitgeburtsrecht, wenn das Alter der Linie von einem gemeinschaftlichen Stammvater aus bestimmt werden soll, als eine Erbfolgeordnung nach Erstgeburtsrecht unter allen Abkömmlingen des gemeinschaftlichen Stammvaters mit Ausnahme derjenigen Linie, welche durch den ältesten Sohn des gemeinschaftlichen Stammvaters begründet worden ist.

Sollten aber die sämtlichen Linien erlöschen, welche von den jüngeren Söhnen des gemeinschaftlichen Stammvaters ihren Ursprung ableiten, so würde die Succession an diejenige Linie gelangen, welche in dem ältesten Sohn des gemeinschaftlichen Stammvaters ihren Stammvater hat. Innerhalb dieser Linie wird nach dem allgemeinen die Succession beherrschenden Princip gerechnet; d. h. der älteste Sohn des gemeinschaftlichen Stammvaters wird als der Stammvater angesehen, von welchem aus das Alter der Linie zu bestimmen ist.

Das Haupt der zweitältesten Linie, von dem gemeinschaftlichen Stammvater aus gerechnet, ist nicht immer zugleich das Haupt der zweitältesten unter den in einem gegebenen Zeitpunkt blühenden Linien des Hauses. Der Erstgeborne unter den Nachkommen des zweitältesten Sohnes ist, wenn die Linie des ältesten Sohnes sich in zwei oder mehrere Linien aufgelöst hat, das Haupt einer späteren, vielleicht sogar der jüngsten Linie des Hauses. Oder mit anderen Worten: Der Prinz des Hauses, welcher kraft Zweitgeburtsrechts berufen wird, wenn das Alter der Linie von einem gemeinschaftlichen Stammvater aus bestimmt werden

soll, ist nicht oder doch nicht immer zugleich der zweitgeborne Prinz des Hauses.

Wenn dagegen das Alter der Linie von dem regierenden Herrn aus zu bestimmen ist, so wird in jedem eintretenden Fall unter den Seitenverwandten des regierenden Herrn derjenige gerufen, welcher dem regierenden Herrn nach dem Recht der Erstgeburt am nächsten steht, d. i. das Haupt der ältesten Nebenlinie oder der Erstgeborne unter den Nachgebornen. Nach diesem Princip der Secundogeniturfolge gelangt von Fall zu Fall unter den Prinzen des Hauses der Zweitgeborne zur Succession.

In der Litteratur sind die beiden Arten der Secundogeniturfolge bekannt. So bemerkt Bluntschli,

Deutsches Privatrecht München 1854 Band II. S. 456 f.,

das Verhältniss der Secundogenitur zur Primogenitur könne verschieden bestimmt sein, „entweder so, dass die Secundogenitur ihr jederzeit auf dem Fusse folgt, oder so, dass, wenn einmal ein zweiter Zweig oder eine zweite Linie zur Secundogenitur gelangt ist, diese innerhalb derselben verbleibt, und nicht bei weiterer Verzweigung der erstgeborenen Linie an diese fällt". In der gleichen Weise werden die beiden Arten der Secundogeniturfolge von Heinrich Brunner

Secundo- und Tertiogenituren in Franz von Holtzendorff's Rechtslexikon

unterschieden. In den meisten rechtswissenschaftlichen Darstellungen aber wird nur jene Art der Secundogeniturfolge besprochen, bei welcher das Alter der Linie von einem gemeinschaftlichen Stammvater aus bestimmt werden soll,

so beispielsweise bei William Lewis, Das Recht des Familienfideicommisses 1868 S. 384 ff., ebenso bei Otto Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts Band V 1885 S. 372,

wie denn auch nur diese Art der Secundogeniturfolge im Preussischen Landrecht und im Österreichischen Gesetzbuch erwähnt wird.

Welche Art der Secundogeniturfolge in einem gegebenen Fall eintreten soll, hat die Auslegung aus dem Willen des Gesetzgebers oder, wenn etwa ein gemeinrechtliches Fideicommiss in Frage steht, aus der Anordnung des Stifters zu ermitteln.

V.

Schlussfolgerungen.

Ich kehre zu dem Ausgangspunkt der vorliegenden Untersuchung zurück.

Nach der Bayerischen Verfassungsurkunde soll in zwei Fällen die Krone nach Zweitgeburtsrecht vererbt werden, beim Uebergang auf ein erbverbrüdertes Haus und beim Uebergang von der Erbtochter auf deren Nachkommen.

Wie im zweiten Fall das Alter der Linie zu bestimmen sei, ergibt sich aus der Natur der Sache und ist in der Verfassungsurkunde mit genügender Deutlichkeit ausgesprochen.

Die Krone soll nach dem Ableben der Erbtochter „an ihren zweitgebornen Prinzen" übergehen. Das heisst: Das Alter der Linie ist von der Erbtochter als der Stammmutter aus zu bestimmen. Die Krone soll auf die zweitälteste Linie übergehen, welche von der Erbtochter abstammt. Der Erstgeborne aus der zweitältesten Linie wird mit dem Ableben der Erbtochter König von Bayern.

Die Krone geht daher, wenn der zweitälteste Sohn der Erbtochter mit Hinterlassung von Abkömmlingen im Mannsstamm vor seiner Mutter verstirbt, nicht etwa auf den drittältesten Sohn der Erbtochter, sondern auf den erstgebornen Sohn des vorverstorbenen zweitältesten Sohnes über.

Die Krone geht ferner, wenn der älteste und der zweitälteste Sohn der Erbtochter vor der Mutter, jeder mit Hinterlassung zweier Söhne verstorben sind, nicht auf den zweitgebornen Sohn des ältesten Sohnes, sondern auf den erstgebornen Sohn des zweitältesten Sohnes über.

Dagegen wird in dem erbverbrüderten Haus das Alter der Linie nicht von einem gemeinschaftlichen Stammvater aus zu bestimmen sein. Denn es wäre schwer zu sagen, von welchem Stammvater aus gerechnet werden sollte, ob von demjenigen Herrscher aus, unter dessen Regierung die Erbverbrüderung mit dem Bayerischen Königshaus abgeschlossen worden ist, oder wenn dieser Herrscher nicht der Stammvater des gesamten

erbverbrüderten Hauses wäre, ob von demjenigen Stammvater aus, von welchem die sämtlichen Linien des erbverbrüderten Hauses ihren Ursprung ableiten. Weder für die eine noch für die andere Annahme lässt sich irgend eine Begründung beibringen, weder aus der Natur der Sache noch aus dem Wortlaut der Verfassungsurkunde. Der Wortlaut der Verfassungsurkunde weist vielmehr auf eine andere Annahme hin. Die Krone soll, wenn der Regent der grösseren Monarchie seine Residenz im Königreiche nicht nehmen könnte oder würde, „an den zweitgebornen Prinzen dieses Hauses" übergehen. Damit ist ausgesprochen, dass die Ermittelung des Prinzen, an welchen die Bayerische Krone übergehen soll, nach der allgemeinen Regel zu geschehen hat, nach welcher der Zweitgeborne in einem Fürstenhaus für einen gegebenen Zeitpunkt zu ermitteln ist. Der Erstgeborne ist der Regent der grösseren Monarchie; der Erstgeborne soll von der Succession in die Bayerische Krone ausgeschlossen sein, weil er bereits die Krone eines grösseren Reichs trägt; der Zweitgeborne soll im Verhältnis zu dem Erstgebornen bestimmt werden.

Die Verfassungsurkunde gebraucht bezeichnender Weise da, wo sie von der Erbtochter spricht, die Wendung, die Krone solle an ihren zweitgebornen Prinzen übergehen, da wo sie von dem erbverbrüderten Haus spricht, die Wendung, die Krone solle an den zweitgebornen Prinzen dieses Hauses übergehen. In der Verschiedenheit der Fassung ist der Gegensatz zwischen den beiden Arten der Secundogeniturfolge ausgedrückt.

In der Litteratur des Bayerischen Staatsrechtes, soweit sie bisher mit diesen Dingen sich beschäftigt hat, finden sich in bunter Auswahl die verschiedenartigsten Ansichten.

L. von Dresch, welcher diesen Fragen die umfangreichste Erörterung gewidmet hat,

Abhandlungen Theil I München 1830 S. 230 ff.,

behauptet, dass der Regent einer grösseren Monarchie, auch wenn er seine Residenz im Königreich Bayern nicht nehmen könnte oder würde, nach Absatz 1 § 6 Titel II der Verfassungsurkunde gleichwohl König von Bayern werde, ebenso wie die Erbtochter nach Absatz 2 § 6 Titel II der Verfassungsurkunde Königin von Bayern wird. Von dieser Behauptung aus gelangt er folgerichtig

zu dem Satz, dass die Krone von dem Regenten der grösseren Monarchie mit seinem Ableben an seinen zweitgebornen Prinzen übergehe, ebenso wie die Krone mit dem Ableben der Erbtochter an ihren zweitgebornen Prinzen übergeht. Aus der Verschiedenheit der Fassung in den beiden Absätzen des § 6 auf eine Verschiedenheit des Inhalts schliessen zu wollen, erklärt L. von Dresch für eine „Wortklauberei". Die gegenteilige Meinung, so bemerkt er, habe er überhaupt nicht wegen ihrer Wahrscheinlichkeit, sondern nur darum berührt, „weil es, nach dem Zeugnisse Aelterer, als er, nichts giebt, worauf nicht schon das Uebermass der Gelehrsamkeit verfallen wäre."

Dagegen will von Spies

Beleuchtung der Verfassungs-Urkunde, Auflage 2 Erlangen 1848, Theil I S. 31 ff.

den Regenten einer grösseren Monarchie, welcher seine Residenz im Königreich Bayern nicht nehmen könnte oder würde, von der Thronfolge ausgeschlossen wissen; gleichwohl behauptet er, dass unter dem „zweitgebornen Prinzen dieses Hauses" der zweite Sohn des Regenten zu verstehen sei. Allerdings, so argumentiert er, „möchte es scheinen, als wenn hier von dem Bruder des Regenten die Rede sei, da er im Gegensatze des letztern als der zweite Prinz des Hauses anzusehen sein dürfte; allein es ist dennoch der zweite Sohn des Regenten gemeint, indem unter dem Ausdrucke: „Prinz des Hauses" nur das Haus des Regenten, d. h. sämmtliche Descendenten desselben zu verstehen sind." Warum aber unter dem Haus des Regenten nicht das Haus, welchem der Regent angehört, sondern nur die Linie des Regenten zu begreifen sei, wird nicht gesagt.

Ohne Angabe irgend eines Grundes behaupten auch die Staatsrechtslehrer Ernst von Moy,

Lehrbuch des bayerischen Staatsrechts. Theil I Regensburg 1840 § 41 S. 118 f.

und Joseph von Pözl,

Lehrbuch des Bayerischen Verfassungsrechts Auflage 5 München 1877 § 141 S. 372 ff.

dass unter dem zweitgebornen Prinzen des Hauses der zweite Sohn des auswärtigen Monarchen verstanden werde.

Die Frage, wie die Bestimmung in Absatz 1 § 6 Titel II

der Verfassungsurkunde auszulegen sei, wird dadurch verschoben, dass die meisten Erklärer, so v. Spies, v. Moy, v. Pözl, die Bestimmung nicht nur auf die Thronfolge des erbverbrüderten Hauses, sondern auch auf die Thronfolge des Weiberstammes beziehen. Dagegen hat Max Seydel

Bayerisches Staatsrecht Band I S. 401 Anm. 1

mit Recht geltend gemacht, dass die Bestimmung, wie sich aus dem Wortlaut ergebe, nur auf die Thronfolge des erbverbrüderten Hauses, nicht aber auf die Thronfolge des Weiberstammes bezogen werden könne. Das Gleiche hatte schon früher Konrad Cucumus

Lehrbuch des Staatsrechts der konstitutionellen Monarchie Baierns, Würzburg 1825, § 70 S. 105 ff.

angenommen. Doch scheint es, als ob Cucumus den zweitgebornen Prinzen des erbverbrüderten Hauses unter den Abkömmlingen des auswärtigen Monarchen suchen wollte, während Seydel denselben unter den Seitenverwandten des auswärtigen Monarchen finden will.

Ganz vereinzelt steht die Auseinandersetzung, welche Schunck

Staatsrecht des Königreichs Baiern, Erlangen 1824, Band I S. 233 ff. Anm. 10

versucht hat, wonach das Königreich Bayern immer von dem Thronfolger der auswärtigen grösseren Monarchie regiert werden würde.

Ein Umstand aber ist bisher überhaupt nicht in Betracht gezogen worden.

In einem jeden der beiden Fälle, welche in Titel II § 6 der Verfassungsurkunde vorgesehen sind, ist nur eine einmalige Vererbung der Krone nach Zweitgeburtsrecht angeordnet. Eine Bestimmung, dass die Krone von Bayern zu der Krone der auswärtigen grösseren Monarchie dauernd in dasselbe Verhältniss treten soll, in welchem ein Secundogeniturfideicommiss zu dem Primogeniturfideicommiss steht, wird in der Verfassungsurkunde vergeblich gesucht.

Setzen wir den Fall: In dem erbverbrüderten Haus ist die Krone von Bayern an das Haupt der zweitältesten Linie gelangt. Die älteste Linie, in welcher die Krone der auswärtigen grösseren Monarchie sich vererbt, erlischt. Mit diesem Ereigniss

geht die Krone der auswärtigen grösseren Monarchie an den König von Bayern über. Eine Vereinigung der beiden Kronen ist in diesem Fall durch die Bestimmungen der Verfassungsurkunde nicht ausgeschlossen. Nach der Verfassungsurkunde soll die Bayerische Krone an den zweitgebornen Prinzen übergehen, wenn sie an den Regenten einer grösseren Monarchie gelangen würde, welcher seine Residenz im Königreich nicht nehmen könnte oder würde; es ist aber nicht gesagt, dass die Bayerische Krone auch dann an den zweitgebornen Prinzen übergehen soll, wenn an den König von Bayern die Krone einer grösseren Monarchie gelangen würde.

Ein gleicher Fall wie im erbverbrüderten Haus könnte unter den Nachkommen der Erbtochter sich ereignen. Wenn die Linie erlischt, welche von dem ältesten Sohn der Erbtochter abstammt, so geht die Krone der auswärtigen grösseren Monarchie an den König von Bayern über. Auch für diesen Fall ist eine Vereinigung der beiden Kronen durch die Bestimmungen der Verfassungsurkunde nicht ausgeschlossen.

In dem einen wie in dem andern Fall würden die beiden Kronen voraussichtlich auf demselben Haupt vereinigt bleiben, so lange das neue Königliche Haus sich erhalten würde.

Wenn daher der Staatsminister Freiherr von Lerchenfeld durch die Bestimmung in § 6 Titel II der Verfassungsurkunde das erbverbrüderte grössere Haus dazu verbinden wollte, „eine Secundogenitur in Bayern zu errichten und dadurch Bayerns Selbständigkeit zu erhalten", so muss gesagt werden, dass diese Absicht durch die Bestimmung, so wie sie lautet, nur teilweise erreicht werden kann. Eine Ergänzung des Gesetzes aber aus der Absicht nicht des Gesetzgebers, sondern eines Antragstellers ist ausgeschlossen.

Von diesem Gesichtspunkt aus wird sich jene Auslegung der verfassungsmässigen Bestimmungen am meisten empfehlen, durch welche eine Vereinigung der beiden Kronen am weitesten hinausgerückt wird.

In dem Königlich Sächsischen Hausgesetz ist nicht eine einmalige, sondern eine immer wiederkehrende Succession nach Zweitgeburtsrecht angeordnet. Die Secundogeniturfolge des Königlich Sächsischen Hausgesetzes beruht auf dem Princip,

dass das Alter der Linie von einem gemeinschaftlichen Stammvater aus bestimmt werden soll. In diesem Sinn ist auch die Bestimmung in dem Entwurf von 1831, sowie in dem Hausgesetz selbst und in dem Entwurf von 1837 gedacht, dass die Secundogenitur von dem Prinzen Maximilian auf dessen zweitältesten Sohn den Prinzen Johann übergehen sollte. Von dem regierenden Herrn aus seitwärts soll nur in dem einen Fall gerechnet werden, wenn der Prinz, welcher kraft Zweitgeburtsrechts in den Besitz der Secundogenitur gelangt ist, kraft Erstgeburtsrechts auf den Thron berufen wird. Die noch offenen Fragen werden nicht nach dieser einzelnen Bestimmung, sondern nach dem allgemeinen die Succession beherrschenden Princip zu entscheiden sein.

Ueber

Plus est in re, quam in existimatione

und

Plus est in opinione, quam in veritate.

Von

Philipp Lotmar.

I.

Man braucht nicht sehr pandektenfest zu sein, um die Sätze: *Plus est in opinione, quam in veritate* und: *Plus est in re, quam in existimatione*, oder ähnlich lautende zu kennen. Seit Jahrhunderten geht die Auffassung dieser Sätze dahin, dass sie ein Wert- oder Gewichtsverhältnis von opinio oder existimatio und res oder veritas ausdrücken, dass sie Parömien, Grundsätze oder Rechtsätze bilden, und dass sie, inhaltlich einander entgegengesetzt, verschiedene Gebiete beherrschen, oder verschiedene Standpunkte vertreten. Diese Auffassung ist schon in der Glosse anzutreffen und hat ihre jüngste Ausprägung in der kürzlich erschienenen sechsten Auflage von Windscheid, Pandektenrecht, erhalten.

In der Glosse findet sie sich bei folgenden, im Verlauf dieses Aufsatzes zu besprechenden Stellen: 15 D 29,2. 11 J 2,20. 4 § 1 D 40,2 und 9 § 4 D 22,6. In der letztcitierten besteht sie in der Verweisung auf 11 J. cit., in den anderen ist auch von generale dictum und argumentum contrarium die Rede, es wird eine Begründung gegeben, welche die fragliche Auffassung voraussetzt, und eine solutio unternommen zur Aufhebung des sich bietenden Widerspruchs. Bei dem einschlagenden Passus von 11 J 2,20, nämlich *plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione,* wird der Gegensatz herbeigezogen mit den Worten: ut interdum plus sit in opinione quam in veritate und hierbei auf 15 D 29,2 verwiesen. Bei letzterer, welche lautet:

Is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare: nam plus est in opinione, quam in veritate

wird zu *plus est* bemerkt: quia in animo consistit aditio. Bei dieser

Begründung ist nun vorausgesetzt, dass *plus est* etc., der eingangs berichteten Auffassung gemäss, eine juristische Entscheidung gibt. Uebrigens ist diese Begründung anstössig, da sie sich auf die Möglichkeit der aditio bezieht, wovon erst 16 D 29, 2 handelt, während hier die Möglichkeit der repudiatio in Frage steht, und die Begründung ist unzulänglich, weil man von der Erbschaftsantretung nicht sagen kann: consistit in animo, was auch die hier von der Glosse allegierte Stelle, 7 J 2,19, nebst zugehöriger Glosse ergibt. Endlich die von 11 J 2,20 gebotene solutio liegt in den Worten: Ibi (nämlich in 15 D 29,2) de re quae consistit in animo. Die vorstehende Deutung der Glosse kann sich auf Landsberg, die Glosse des Accursius S. 121 berufen: „stossen die zwei für die Glosse gleichmässig verbindlichen Sätze aufeinander."

Bei Windscheid, Pandektenrecht § 597 A. 4 lesen wir: „Bei der Erbschaftsantretung gilt also der Grundsatz: plus est in opinione quam in veritate (l. 15 cit.), während in andern Fällen nach dem umgekehrten Grundsatz verfahren wird." Wegen des Letzteren wird beispielsweise auf 4 § 1 D 40,2 und 11 J 2,20 verwiesen.

Alle Kundgebungen der in Rede stehenden Auffassung anzuführen, welche in den von den beiden genannten Autoritäten begrenzten Zeitraum fallen, ist kaum möglich und jedenfalls nicht um des Folgenden willen geboten; denn die Beweiskraft der später vorkommenden Argumente würde durch solche literarische Rückblicke nicht erhöht werden. Immerhin dürften noch ein paar ausgewählte Belege für die im Eingang aufgestellte dogmengeschichtliche Behauptung erwünscht sein.

Donellus, Comment. de iure civ. lib. VIII cap. XI, 42 spricht sich gegenüber dem mehrerwähnten Satze von 11 J 2,20 dahin aus: Recte, inquam, dummodo hoc dictum sic intelligamus, ut plus valeat in hac specie, non etiam in universum in causis omnibus. Est enim alioqui contra, ubi recte respondeatur, plus esse in opinione, quam in veritate, wofür auf unsere 15 D 29, 2 verwiesen wird. Utraque haec oratio verbis, si generaliter accipiatur, contraria, ad speciem propositam, cui subiecta est, adstringi debet, estque ita interpretanda: Plus valet veritas, nempe in hac specie; Plus valet opinio, nempe rursum in ista altera.

Vinnius im Institutionencommentar ad § cit. stellt der Regula *plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione* als contraria regula gegenüber: *plus valere, quod est in opinione, quam in veritate* und beruft sich für letztere auf 15 sowie 18 verbunden mit 19 D 29,2. Vinnius wie andere von Glück bei diesem Anlass angezogene Commentatoren und Glück selber geben der Regel und der Gegenregel verschiedene Anwendungsfälle. Die „Regel" entnimmt Glück im Pandektencommentar XXII, 280 und 362 der 9 § 4 D 22,6, somit in der Fassung: *Plus est in re, quam in existimatione mentis,* während er „die entgegengesetzte Regel" in den Worten von 15 D 29,2 sieht: *Plus est in opinione, quam in veritate.*

In Brinz, Pandekten begegnet uns die gedachte Auffassung Bd. I S. 589, Bd. II S. 232 A. 7, Bd. III S. 186 A. 18. S. 187. Es heisst gelegentlich des freiwilligen Erbschaftserwerbs: „Ueberall hier genügt dass ist was sein soll nicht: *plus est in opinione quam in veritate* (15 D 29,2). Was aber die Bedingungen anlangt, ist man nur im Hinblick auf die eigentliche Bedingung so strenge; bezüglich der iuris conditio heisst es: *plus est in re quam in mentis existimatione;* und ihr Feld ist ein weites." Hierzu gehört A. 22, wo vorkommt „error facti — bei welchem *plus in re quam in existimatione mentis* (9 § 4 D 22,6) ist."

Gewissermassen ex professo ist auf die sich an die bisher erwähnten Stellen anknüpfenden Fragen eingegangen bei Ihering, Jahrbücher II, 157. 158, worauf ich zurückkommen werde. Hierher gehören als Beleg die Worte: „Wir haben damit die römische Parömie gewonnen: *plus est in re, quam in existimatione,* d. h. der Nachdruck ruht auf dem objektiven Dasein, nicht auf dem subjektiven Glauben. Dass für gewisse Verhältnisse (Erbrecht) auch das subjektive Wissen von dem Vorhandensein der Voraussetzungen erforderlich ist, was die Römer durch *plus est in opinione, quam in veritate* ausdrücken, gehört nicht hierher."

Zu scharfer Entwicklung ist endlich die bisher betrachtete Ansicht gediehen und der in ihr enthaltene Gegensatz mit rechtshistorischen Kräften in Zusammenhang gebracht bei Voigt, Jus naturale III, 159: „Während der rigor den die Willensbestimmung beim Rechtsakte beeinflussenden vis, dolus und error alle Relevanz absprach, diese Auffassung in der Parömie zusammen-

fassend: *plus in re est, quam in existimatione* (§ 14), eröffnete die aequitas der Anschauung den Raum und die Möglichkeit, jenen Einflüssen auf die Willensbestimmung beim Rechtsakte Gewicht beizumessen (§ 1); und indem letzteres auch wirklich geschah, so ward solche Theorie zugleich in die Parömie gekleidet: *Plus est in opinione quam in veritate*". Wegen der Annahme der letzteren Parömie vgl. auch a. a. O. S. 774, während die erstere im citierten § 14 S. 85 wiedergegeben wird mit den Worten: „der Thatbestand, wie er in dem Rechtsakte sich ausprägt, gilt mehr, als die Voraussetzung, die der Handelnde dabei hegt."

Wenn, wie mir vorkommt, die im Eingang berichtete und im Vorstehenden belegte Auffassung im Ganzen bisher noch nicht angefochten worden ist, so ist dies eine Erscheinung, welche in der romanistischen Doktrin nicht viele ihresgleichen haben wird. Diese ihre Seltenheit wird man als äusseren Anreiz zu der Prüfung gelten lassen, welche im Folgenden angestellt werden soll. Den inneren ergibt die Tragweite, welche die gedachten beiden Grundsätze zu haben versprechen. Sehen wir doch bei Bechmann, Kauf II, 21 die „Rechtsparömie" *plus est in re, quam in existimatione* als Ausdruck der Erscheinung bezeichnet, dass wenn die objektiven Voraussetzungen eines Rechtsakts in Wirklichkeit bestehen, seine Rechtsfolge trotz irriger Vorstellung des Handelnden von jenen Voraussetzungen eintritt, was zur Entscheidung der Streitfrage angeführt wird, ob im Rechtsgeschäft „die empirische Absicht" „zugleich rechtlich determiniert sein" müsse (S. 19), oder ob es, wie Bechmann vertheidigt, genüge, „rein menschlich zu begehren, ohne zu bedenken, was das Recht dazu sagt" (Lotmar, Über Causa S. 17/8). Und sollten uns nicht überhaupt Regeln über die Prävalenz von veritas, oder existimatio auf Schritt und Tritt im Privatrecht wie im Strafrecht begegnen, und sollten Kollisionen jener beiden Grössen, wie sie in Menge das Leben täglich neu gebiert, nicht kraft obiger Regeln auszugleichen sein?

II.

Bevor wir mit den gewöhnlichen Werkzeugen der Auslegung den an die Spitze gestellten beiden Sätzen eine bescheidenere und damit vielleicht die gebührende Rolle zuzuweisen versuchen,

wird es zweckmässig sein, auf Zweierlei aufmerksam zu machen. Einmal (I.) nämlich bleibt die Fruchtbarkeit der Sätze, auf die man nach ihrer allgemeinen Deutung rechnen sollte, weit hinter dieser Erwartung zurück, und zweitens (II.) ist es so zu sagen a priori äusserst unwahrscheinlich, dass sie wirklich einander entgegengesetzte Grundsätze darbieten, wovon im III. Abschnitt gehandelt werden wird.

I. Zunächst in der ersteren Hinsicht ist 1. das quellenmässige Herrschaftsgebiet der beiden an die Spitze gestellten nebst den in der Fassung *plus valet* oder *pollet* erscheinenden und für gleichbedeutend geltenden Sätzen sehr geringfügig. Denn es ist nicht blos die Zahl der Thatbestände, bei welchen sie angerufen werden, klein, sondern es stehen dieselben auch nach ihrem Inhalt und der Frequenz ihres Vorkommens, nichts weniger als im Vordergrunde. Das Vermächtnis der eigenen Sache im falschen Glauben sie sei eine fremde (11 J 2,20, erster Fall), der Kauf im falschen Glauben der Verkäufer sei nicht Eigentümer der Kaufsache (9 § 4 D 22,6), die Freilassung des eigenen Sklaven im falschen Glauben (des Freilassers oder des Sklaven), er sei nicht der eigene des Freilassers (4 § 1 D 40,2), der vormundschaftlich nicht auctorisierte Kauf von einem impubes, den der Käufer fälschlich für pubes hält (2 § 15 D 41,4), die Zahlung der Peculiarschuld an den mit dem Peculium emanzipierten Sohn, ohne Widerspruch des Vaters, durch den mit der Emanzipation oder mit der Belassung des Peculiums nicht bekannten Schuldner (fr. Vat. 260) und endlich die Erbschaftsausschlagung durch einen voluntarius, der sich fälschlich für necessarius heres hält (15 D 29,2): mit diesen sechs Fällen erschöpft sich das quellenmässige Anwendungsgebiet der fraglichen Sätze.

2. Dagegen werden sie in zahlreichen Fällen, wo man die Entscheidung nach Massgabe jener Sätze getroffen glaubte, oder glauben könnte, nicht angezogen. Das gilt vornehmlich: vom zweiten Falle in 11 J 2,20 cit.: sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere, dem Seitenstück des erwähnten ersten, in Bezug auf welches Schrader ad h. l. sagt: hoc quoque casu veritas praevalet, worüber unten S. 95; vom Seitenstück zu 15 D 29,2 cit., welches in 16 ib. unmittelbar folgt in den vom gleichen Verfasser kommenden Wor-

ten: Et e contrario qui se putat necessarium, voluntarius existere non potest; vom Seitenstück zum erwähnten in 2 § 15 D 41,4 cit. enthaltenen Fall, welches der gleich folgende § 16 bietet: Si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, worüber unten S. 111/2. Wenn ferner ein Stück des Thatbestandes von Vat. 260 cit. fehlt, indem der Zahlungsempfänger durch Entziehung des Peculiums, oder aus einem anderen Grunde zum Empfang nicht legitimiert ist, aber vom Zahlenden dafür gehalten wird, so möchte man die dennoch statt findende Gültigkeit der Zahlung durch das entgegengesetzte *Plus valet quod in opinione est, quam quod in veritate* begründet sehen. Allein dies ist in keiner der einschlagenden Stellen der Fall: 26 § 8 D 12,6. 11 i. f. D 16,3. 18; 32; 35; 51 D 46,3. Gai. III, 160 = 10 J 3,26; vgl. 7 § 2 D 41,4. Und ebenso wenig finden wir den letzteren Satz in den vielen Stellen angerufen, in welchen ein Mandatar nach dem ihm unbekannt gebliebenen Tod, oder Widerruf des Mandanten, also nach dem Erlöschen der Vollmacht empfängt oder leistet mit der Wirkung der Liberation: 41 D 12,1. 26 p, § 1 D 17,1. 77 § 6 D 31. 19 § 3 D 39,5. 33 D 41,2. 12 § 2; 18; 32; 34 § 3; 38 § 1 D 46,3, vgl. 5 § 1; 11 § 4 D 14,3. 12 D 14,6. 15 D 17,1. 65 § 10 D 17,2. 39 D 24,1. 7 D 24,2. 4 p D 40,2. Und endlich braucht man sich nur der Legion von Stellen zu erinnern, in denen wegen Unwissenheit, Zweifels oder Irrtums die Rechtswirkung eines Vorganges ausbleibt, oder trotz jener Umstände eintritt, ohne dass einer der fraglichen Sätze zur Begründung aufgeboten wird, um die Geringfügigkeit ihres professionellen Herrschaftsgebietes einzusehen. Ihre überwiegende Ignorierung in den Quellen muss das Vertrauen in ihre praktische Bedeutung und vielleicht auch in ihre Regelhaftigkeit verringern.

3. Andererseits haben die Autoren nicht verfehlt auf eine Reihe von Quellenentscheidungen hinzuweisen, die als Anwendungen jener Grundsätze zu betrachten seien und damit deren stille Herrschaft bekunden. Allein der Wert mancher dieser Hinweise wird wieder dadurch herabgesetzt, dass für die betreffende Entscheidung auch ein anderer Grund da sein kann, als die Vorherrschaft, sei es der opinio, sei es der veritas, und ferner dadurch, dass eine Regel, welche den einen oder den

anderen dieser Faktoren für massgebend erklärt, es unbestimmt lässt, ob dem überwiegenden Faktor die Wirksamkeit, oder die Unwirksamkeit zuzuschreiben ist, was der willkürlichen Verwendung Spielraum eröffnet. Und endlich: kann man wohl von einem Vorgang, welcher eine gewisse Rechtswirkung nicht haben kann ohne Rücksicht auf die Meinung seines Urhebers, sagen: *plus est in re, quam in opinione,* da doch die opinio gänzlich irrelevant ist? Von der letzten Art ist der Fall der 6 D 47,19, welche die Glosse der 15 D 29,2 entgegensetzt. Wenn dieselbe als beistimmend zu 4 § 1 D 40,2 sich auf 46 § 7 D 47,2 bezieht, so kommt hier bei der Entscheidung gewiss kein *plus est in re* zum Vorschein. Der Dolus ist für das Furtum gerade so wichtig wie die contrectatio, und wiederum für den Ausschluss des Ersteren der Glaube, der wahre oder falsche, an die Zustimmung des dominus wichtiger, als die letztere Thatsache. Nicht minder unpassend ist bei 9 § 4 D 22,6 die Verweisung auf 22 § 1 D 48,10, während die Entscheidungen von 5 § 7 D 3,5 und 19 D 41,1 hinreichend durch das ius singulare vom liber homo bona fide serviens gedeckt werden. Letzteres gilt auch von 36 D 3,5. 13 § 2 D 13,6 und 21 p i. f. D 41,1, welche Ihering, dogm. Jahrbb. II, 270 herbeizieht. Die ebenda angeführte 31 § 6 D 41, 3 bietet eher einen von den Fällen, wo die opinio gänzlich gleichgültig ist, (vgl. 43 p. i. f.; 44 § 6 ib.), während sich wider die Verbindung von 44 § 1 D 41,3 mit 9 § 4 D 22, 6 Nichts einwenden lässt. Auch in 44 § 4 D 41, 3 und 3 D 41, 6 mag man — bei letzterer hat dies schon Savigny, System IV, 115[1] gethan — Anwendungen von *plus est in re, quam in existimatione* im mehrgedachten Sinn erblicken. Nur zeigt die erstere, dass dem Juristen diese Regel nicht als Entscheidungsgrund vorschwebte. Ebenso lehrt 2 § 2 D 41, 4 — potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem usucapere eum —, dass dem Urheber dieser Aussage eine Regel der gedachten Art nicht zu Gebot stand, ansonst er nicht die sabinianische Entscheidung also charakterisieren oder motivieren könnte. Vgl. hiemit Bechmann, Kauf II, 31 A. 3 und unten S. 112.

4. Gehen wir endlich die Stellen durch, welche als Belege oder als Anwendungen des, wie man sagt, entgegengesetzten Grundsatzes, nämlich *Plus est in opinione, quam in veritate,* bei-

gebracht werden vom Scholiasten zu Bas. II, 4, 9 ed. Heimb. I, 84, von der Glosse, von Ihering, Windscheid und Brinz a. a. O., so zeigt sich Folgendes: Nach 18 § 5 D 47, 10 gilt bei Beleidigung eines Haussohnes oder einer Ehefrau, falls deren Familienstand dem Beleidiger bekannt ist, der Vater oder Ehemann als klageberechtigt, auch wenn die Angehörigkeit des Ersteren an die Letzteren dem Beleidiger nicht bekannt war. Dass diese Wissenschaft hier irrelevant ist, bekundet nicht ein Uebergewicht der opinio. Wenn sich ferner Jemand am Sklaven des A vergreift, den er für den Sklaven des B hält und bei Kenntnis der Wahrheit nicht schlagen würde, so kann er wegen Injurie nicht von A belangt werden: 15 § 45 D 47, 10. Das lehrt nur, dass die richtige existimatio des erwähnten Inhalts für die iniuria ebenso wichtig ist, als die Thätlichkeit, nicht dass sie wichtiger ist. Denn dass trotz Thätlichkeit die iniuria ausgeschlossen ist, wenn die existimatio in gewisser Beziehung falsch ist, besagt nicht, dass die existimatio mehr gilt, als die Thätlichkeit. Ebenso ergibt 20 D 7, 4 für die Erhaltung des Ususfructus durch denjenigen, welcher blos utitur, dass hierzu seine Kenntnis vom ihm zustehenden ius fruendi erforderlich ist. Die opinio ist auch hier nicht wichtiger, als der wirkliche Hergang. Wollte man aber mit anderer Deutung sagen: die opinio nicht den Niessbrauch zu haben ist stärker, als der in Wahrheit vorhandene Niessbrauch, so wäre dies nicht richtig, weil jene opinio doch nur im Verein mit der unvollständigen Ausübung, dem blosen uti, zur Aufhebung des Niessbrauchs führt. Aehnliches gilt von 35 D 41, 1: indem die falsche Vorstellung des Tradenten, ein Anderer als er sei Eigentümer, die Uebereignung behindert, erweist sich die Vorstellung nur als etwas den anderen Voraussetzungen des Eigentumsüberganges Gleichbedeutendes, oder, wie Zitelmann, Irrtum S. 542 sagt: „Die Tradition erfordert ausdrücklich *voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre.*“ Ausserdem führt der Jurist selbst als Entscheidungsgrund an: *quia nemo errans rem suam amittit.*

Nicht viel anders verhält es sich mit folgenden, dem Erbrecht angehörigen Stellen, welche als Belege angeführt worden sind. Wegen Unkenntnis, Irrtums, oder Zweifels des Handeln-

den in gewissen Punkten findet sich in 6 § 4; 13 § 1; 16; 17 p; 22; 30 § 1, 2, 3, 5; 32 p, § 1, 2; 46; 51 p; 74 § 2 D 29, 2. 21 D 35, 1. 5 § 1 D 5, 4 die Erbschaftsantretung oder -Ausschlagung, in 14; 15 D 28, 1 die Testamentserrichtung für unstatthaft oder für ungültig erklärt: neque sibi ... quaesisse hereditatem, repudiando nihil agit, voluntarius existere non potest, nec ... repudiare potest, non obligari eum hereditati, heres non erit, hereditatem non adquiret, adire hereditatem non potest, adire hereditatem non possum, adiri hereditas non potest, non potest adire, non adquiret, non poterit adire hereditatem, ex neutro .. posse adire hereditatem, non obligabitur, impedient heredem circa adeundam hereditatem, adire non possit, testamentum facere non potest, certam legem testamento dicere non potest, testamentum facere non possunt. Diese Stellen beweisen nun zunächst augenscheinlich nicht ein Uebergewicht der opinio über die veritas in dem Sinne, dass die der ersteren entsprechende oder in ihr ideell enthaltene Rechtswirkung eintritt, wo die erstere sich gegenüber der letzteren als Unkenntnis, Zweifel, oder Irrtum darstellt; denn es tritt eben gar keine Rechtswirkung ein. Diese Stellen beweisen aber ferner ebensowenig ein Uebergewicht der opinio über die veritas in dem Sinn, dass die opinio — wo sie der veritas nicht voll, oder nicht entschieden entspricht, oder ihr widerspricht — den Eintritt der der veritas gemässen Wirkung hintanhält. Vorab wäre es doch so seltsam und unangemessen als möglich, von einem Ding, hier der opinio, da zu sagen „*es gilt mehr*", wo man es seiner Unvollständigkeit, Unentschiedenheit, oder Falschheit wegen als Ursache der Ungültigkeit ansieht. Es deuten sodann jene Stellen nur darauf hin, dass zum rechtswirksamen Thatbestand des Erbschaftserwerbs bezw. der Ausschlagung, wie der Testamentserrichtung das entschiedene Bewusstsein eines gewissen Sachverhalts ebenso erforderlich und wichtig ist, wie dieser selbst, dass also zur Gültigkeit jener Akte eine gewisse certa scientia gehöre. Wo diese fehlt, überwiegt nicht die opinio die veritas, sondern die für die Gültigkeit erforderliche, nämlich eine besonders beschaffene opinio — *scientia autem vel opinio:* 30 § 7 D 29, 2 — mangelt, daher trotz des Vorhandenseins der mit veritas bezeichneten übrigen Thatbestandsmomente die Rechtswirkung ausbleibt. Diese

Hindeutung wird nun zum Beweis erhoben einmal durch diejenigen Stellen, welche das entschiedene Bewusstsein als Erfordernis, somit als subjektives Thatbestandsmoment bezeichnen, wie 19; 22; 23; 93 p D 29, 2. 2 D 35, 1. 5 § 1 D 5, 4 mit den Worten: *certus esse debet, scire debet*, *oportet eum scire*, woran dann noch 76 D 50, 17 gereiht werden kann mit dem Ausspruch: In totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, non nisi vera et certa scientia perfici possunt; ferner durch diejenigen Stellen, in welchen die Gültigkeit der Erwerbshandlung auf das Vorhandensein der erwähnten internen Voraussetzung gegründet, oder als trotz ihres Fehlens — so kennzeichnet sich die Ausnahme von der Regel der Erforderlichkeit — eintretend bezeichnet wird, wie 17 p; 30 § 1, 5, 8; 34 p; 46 D 29, 2. 19 i. f.; 54 p D 41, 1. 5 p D 5, 4 mit den Worten: si certum (l. certus nach 30 § 8) sit ... adeundo adquirit ... repudiando amittit, si scit ... (adire hereditatem) potest, quae se praegnatem fingit adeundo adquiret hereditatem, si certus sum ... possum adire hereditatem. quoniam certus esse debeat ... recte adibit hereditatem, si ita ut et ipse vellet ipsum fieri heredem, adquiret, si ... sciens ... adierit, sed et si ... dubitet ... posse eum adquirere hereditatem, quamquam ignoret se ex asse heredem esse; endlich durch 5 § 1 D 5, 4: utilius est posse eum adire qui nescit portionem, si cetera, quae oportet eum scire, non ignoret, 96 D 29, 2: quominus heres existat, nihil error talis ei nocebit, 21 D 35, 1: quae (sc. condiciones) vero ex iure venient, in his nihil amplius exigendum, quam ut impletae sint.

5. Wenn man nun, wie es geschehen ist, nicht blos die zuerst angeführte Gruppe von Stellen (S. 67), sondern auch die ihr folgenden (abzüglich der Ausnahmen in 5 D 5,4. 6 § 4; 34 p; 74 § 4; 96 D 29,2. 21 D 35,1) als Anwendungsfälle der Regel *Plus est in opinione, quam in veritate* ansieht, so ist es nicht möglich, sie als Regel des bewussten Sinnes aufrecht zu erhalten. Denn wie sollen Stellen, welche die Erforderlichkeit der scientia aussprechen, Anwendungen des Grundsatzes bieten, dass die opinio mehr gilt als die veritas? Und wie sollen Stellen, welche die Gültigkeit des Erbschaftserwerbs eintreten lassen, weil dem Erfordernis der scientia genügt ist, den Grundsatz zur Anwendung bringen, dass es mehr auf die opinio, als auf die veritas an-

komme? Diesem Grundsatz gemäss, wenn er für die Entscheidung massgebend sein soll, könnte nur die Gültigkeit oder die Ungültigkeit eintreten. Wenn nun 17 p D 29,2 sagt: Nec is, qui non valere testamentum aut falsum esse putat, repudiare potest. Sed si certum (l. certus) sit falsum non esse, quod falsum dicitur, sicut adeundo adquirit, ita et repudiando amittit hereditatem: so dürfte nur die Gültigkeit, oder die Ungültigkeit der Repudiation auf jenen Grundsatz zurückgeführt werden. Wollte man aber etwa schliessen: „die Echtheit des Testaments, als veritas, ist in beiden Fällen die nämliche. Wenn daher je nach der Beschaffenheit der Meinung des Berufenen die wirksame Ausschlagung im einen Fall unstatthaft, im anderen statthaft ist, so kommt es mehr auf die opinio als auf die veritas an": so wäre dies ein Trugschluss, zu dessen Aufdeckung es nicht tiefer Nachgrabung bedarf. Wenn einmal die eine, sagen wir die objektive, Voraussetzung der Ausschlagung gegeben ist, so kommt es nur noch auf die andere, sagen wir die subjektive, an. Damit ist nimmermehr gesagt, dass es jemals auf die letztere mehr ankomme, als auf die erstere. Auch die Scheidung innerhalb der opinio bietet keinen Ausweg. Es scheint freizustehen unter der opinio die nach Vollständigkeit, Festigkeit und Richtigkeit fehlerlose, oder die in einer solchen Hinsicht fehlerhafte opinio zu verstehen, obwohl der Satz *Plus est in opinione, quam in veritate* von der opinio schlechthin ohne Unterscheidung der Beschaffenheit spricht, also die opinio als solche betrifft. Nehmen wir nun zuerst die fehlerlose. Ihr Uebergewicht kann sich in Gültigkeit oder Ungültigkeit äussern. Dass sie im Verein mit der veritas auftretend den Akt ungültig mache, ist unwahr; dass sie ihn in solchem Verein gültig mache, ist wahr, nicht aber zeigt sich hier, dass es mehr auf sie, als auf die veritas ankomme. Nehmen wir sodann die fehlerhafte. Dass sie im Verein mit der veritas auftretend den Akt gültig mache, ist unwahr; dass sie ihn in solchem Verein ungültig mache, ist wahr. Aber dass sich hierin zeige, es komme mehr auf die opinio, als auf die veritas an, könnte nur der sagen, der willkürlich die Prämisse macht, dass der mit veritas bezeichnete Thatbestand für den Eintritt der Rechtswirkung „an und für sich" ausreichend sei. Und der könnte nun, so bedrängt, ent-

gegenhalten: mit dem Satz, dass die fehlerhafte opinio die Wirksamkeit des „an und für sich" hinreichenden objektiven Thatbestandes hintanhält, soll eben nur gesagt werden, dass hier auch ein gewisser subjektiver Thatbestand erforderlich ist. Immerhin wäre damit der Grundsatz *Plus est in opinione, quam in veritate* in der bisherigen Deutung preisgegeben, da er nur von der unzulänglichen opinio gelten könnte. Er könnte ferner nur als negative Consequenz des Satzes gelten, welcher das Erfordernis einer correkten opinio aufstellt, so dass es verkehrt wäre, die Stellen, welche letzteres enthalten oder demselben gemäss entscheiden, als Anwendungen jenes „Grundsatzes" anzuführen. Und endlich müsste man sich zu der sprachlichen Anstössigkeit verstehen, durch *plus est* etwas Vernichtendes oder das Impeditive als das Mehrgeltende oder Wichtigere bezeichnet sein zu lassen.

Nach alle dem scheint denn auch für die Geltung des entgegengesetzten „Grundsatzes" in diesem erbrechtlichen Bereich kein Raum zu bleiben. Zwar sagt Brinz a. a. O.: „Was aber Bedingungen anlangt, ist man nur im Hinblick auf die eigentliche Bedingung so strenge; bezüglich der juris conditio heisst es: *plus est in re quam in mentis existimatione;* und ihr Feld ist ein weites." Allein der analogen Verwertung dieses hier nicht von den Quellen gebrauchten Wortes im Sinn des Gegenteils des zuvor besprochenen stellt sich ein weiteres Hindernis in den Weg. In den Fällen nämlich von 6§4; 34p; 74§4; 96D29,2. 21D35,1. 5D5,4, auf die es hier ankommt, ist die existimatio irrelevant. Da sie für die Entscheidung mit der res gar nicht in Konkurrenz tritt, so kann ein Ausspruch, der beide in Vergleich zu setzen und einem den Vorrang zu bieten scheint, nicht massgebend sein.

III.

II. Die traditionelle Auffassung der beiden römischen Sätze, welche das Thema dieser Blätter bilden, schien ein weites Herrschaftsgebiet derselben in Aussicht zu stellen. Indessen hat sich, wie mir scheint, das vom Basilikenscholiasten, von

der Glosse und Neueren beigebrachte Material, das die Anwendung der fraglichen Prinzipien bekunden sollte, als dazu nicht geeignet erwiesen. Man wird vielleicht erwarten, dass hier dafür Ersatz geschafft werde. Dennoch darf ich mich enthalten zu versuchen meinerseits auf Quellenfälle hinzuweisen, die den gedachten Regeln subsumirt werden könnten. Hierbei könnten, wie bei allen vorhin kritisierten Verweisungen doch nur Hypothesen geboten werden. Sollte aber die historische Thatsache des Vorhandenseins jener Regeln selber zweifelhaft oder gar zu verneinen sein, so wäre es weder geraten noch geboten, ihrer Wirksamkeit nachzuspüren. Auf jene Thatsache wird sich die Untersuchung im Folgenden zu richten haben, und der etwaige Erfolg derselben muss die vorhin geübte Kritik verstärken. Denn was nicht herrscht, kann auch nicht ein Herrschaftsgebiet haben.

Zunächst ist die oben (S. 63) behauptete Unwahrscheinlichkeit zu begründen, dass die mehr gedachten Sätze einander entgegengesetzte Regeln darbieten. Stimmen sie in gewissem Sinne sogar überein, dann muss die ganze altehrwürdige Auffassung ins Wanken kommen. Dabei fragt sich

1. wie sich die bisherige Doktrin zu der doch auffallenden Erscheinung der Koexistenz entgegengesetzter Entscheidungsprinzipien gestellt hat. Diese ihre Stellung ist einigermassen schon aus den dogmengeschichtlichen Angaben des ersten Abschnitts ersichtlich, worauf somit zurückzuverweisen ist. Der Gegensatz stand einmal fest, kein Prinzip wollte dem andern das Feld räumen, und eine „höhere Einheit" schien sich nicht zu bieten. Da nun unverträgliche Prinzipien das Rechtsgebiet nicht pro indiviso besitzen können, so blieb nichts übrig, als das Teilungsverfahren. Mit andern Worten: eine jede Regel erhielt ihr eigenes Herrschaftsgebiet. Dieser Verteilung kann sich auch die oben (S. 61/2) referierte Voigt'sche Ansicht nicht entziehen. Denn rigor und aequitas, welche von den beiden Parömien vertreten sein sollen, vermögen sich zwar — wie Voigt zeigt — in die Herrschaft des nämlichen Institutes, oder Thatbestandes zu teilen, nicht aber kann die Wirkung eines Thatbestandes gleichzeitig eine und die entgegengesetzte sein.

Was war nun aber für die beiderseitige Gebietsbestimmung

entscheidend? Vor allem nicht das Wort der Römer. Denn die Aussprüche *Plus est in opinione, quam in veritate* und *Plus est in re, quam in existimatione* erscheinen in schrankenloser Allgemeinheit, keiner von beiden nimmt auf den anderen Rücksicht. Da es übrigens nicht unerhört ist, dass allgemein lautende römische Sentenzen bei näherer Betrachtung Einiges von ihrem Anspruch auf Allgemeingültigkeit ablassen müssen, so dürften die unsrigen sich über das gleiche Schicksal nicht beklagen. Die Schranken, deren man zur Einschränkung der wörtlichen Allgemeingültigkeit bedurfte, konnten nur dem Zusammenhang entnommen werden, in welchem die zu beschränkenden Sätze auftreten. Dabei war es leicht und ungefährlich in Anlehnung an die oben (S. 63) wiedergegebenen sechs Quellenfälle auszusprechen: in diesen fünf kommt der eine Grundsatz zur Anwendung, in jenem sechsten der andere. Gewagter war es schon mit Analogie zu operieren und z. B. „gewisse Verhältnisse (Erbrecht)" für das Anwendungsgebiet des anderen Grundsatzes zu erklären. Immerhin ist damit die Begründung nicht berührt, nämlich die Frage offen gelassen, warum jene Gruppe von Thatbeständen dem einen Grundsatz unterfällt und nicht dem anderen. Daher sagt auch Zitelmann, Irrtum S. 542/3 gelegentlich: „Das ist ja gerade die Frage, welcher von beiden Sätzen, deren jeder nur ein beschränktes Gültigkeitsgebiet hat, hier Anwendung findet." Bei Voigt erscheint die Anwendung des einen, oder des anderen als Herrschaft je von rigor oder aequitas, wobei aber unerklärt bleibt, welche Unterschiede unter den Thatbeständen den einen in die Sphäre des rigor, den anderen in die der aequitas und damit unter die Herrschaft je des einen oder des anderen Grundsatzes verweisen. Vgl. auch Voigt, civ. Arch. 54, 202 mit Jus nat. III, 156 und 85. Eine befriedigende Antwort auf die obige Frage scheint mir für die Erhaltung der überlieferten Lehre wesentlich zu sein.

Den ersten Versuch der Beantwortung hat die Glosse gemacht, indem sie, wie schon (S. 60) berichtet und beurteilt, behufs der solutio zu 15 D 29, 2 bemerkt: Ibi de re quae consistit in animo. In der hiermit eingeschlagenen Richtung sind spätere Romanisten weiter gegangen. Unter diesen ist Donellus hervorzuheben, dessen Erklärung auch bei mehreren Späteren zu

finden ist, und Heraldus in Otto, Thesaurus II, 1357, dessen Ansicht bei Brinz A. 22 in der oben S. 61 angezogenen Stelle nachklingt. Nach dieser Ansicht ist *Plus est in opinione etc.* auf den Rechtsirrtum, dagegen *Plus est in re etc.* auf den faktischen Irrtum zu beziehen. Allein diese Grenzregulierung lässt sich nicht aufrecht erhalten, obwohl sie an dem von 2 § 15 D 41, 4 gebotenen Gegensatz eine scheinbare Stütze suchen könnte. Denn in der ersteren Beziehung ist es, wo vera et certa scientia gefordert wird, gleichgültig, ob an ihrer Statt ein faktischer, oder ein Rechtsirrtum gegeben ist. Ferner ersieht man am iustus error von 50 p D 41, 2 und 44 p D 41, 3, dass in 15 D 29, 2, welche allein die erstere Regel enthält, die falsche Meinung des Berufenen, necessarius zu sein, auch ein faktischer Irrtum sein kann. In der zweiten Beziehung ist an 1 § 2 D 22, 6 zu erinnern: Si quis nesciat se cognatum esse, interdum in iure, interdum in facto errat. So kann auch in 9 § 4 D 22, 6, welche die zweite Sentenz enthält, die falsche Meinung, der Verkäufer sei nicht Eigentümer, je nachdem ein faktischer oder ein Rechtsirrtum sein. In 2 § 15 cit. ist nun der Fall des ersteren gesetzt. Der eben besprochenen benachbart ist die von Koeppen, Lehrb. d. heut. röm. Erbrechts S. 106 gemachte Unterscheidung nach Wesentlichkeit und Unwesentlichkeit des Irrtums. Für den unwesentlichen gelte der Satz: *plus est in re* etc., für den wesentlichen das Gegenteil: *plus est in opinione* etc. Unter wesentlichem Irrtum versteht der Verf. (S. 105) nur den, durch welchen der Irrende einen Schaden erleiden kann; durch solchen werde der zum betreffenden Rechtsgeschäft erforderliche Wille ausgeschlossen, womit unabsichtliche Nichtübereinstimmung zwischen Willenserklärung gegeben sei. Allein all' das trifft auf den Repudianten in 15 D 29,2 nicht zu.

Donellus a. a. O. fragt: Quando igitur pro specie subiecta plus valere debet veritas; quando plus valere opinio? Und antwortet: Sic definiemus: quoties error et falsa opinio gerenti non obstat, quominus velit et possit id, in quo errat: semper plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. Dies führt er am Fall von 11 J 2,20 aus, wo der Testator trotz seiner falschen Vorstellung von der Eigentumszuständigkeit der Sache sowohl die Macht als den

Willen gehabt habe, die Sache zu legieren. Was er von der Macht sagt, kann man leicht anerkennen: Et de potestate legandi certum est, non effecisse falsam istam opinionem, quominus semper rem suam legare potuerit. Bedenklich aber steht es um den von Donellus gemeinten Willen: Quominus autem voluerit, tantum abest, ut effecerit hic error, ut potius contra declarat, quod dixi, si testator hanc rem, licet alienam, legare voluit, multo citius, si suam scisset, legaturum fuisse — denn einmal ist die Annahme, dass der Testator bei Kenntnis seines Eigentums die Sache vermacht haben würde, nur eine Vermutung, die, mag sie auch in vielen Fällen zutreffen (67 § 8 D 31 vv. *sunt enim magis* etc.), in anderen verfehlt sein kann: ein Erblasser kann die eigenen Sachen gerade dem Erben zu erhalten lebhaft gewünscht haben. Sodann ist der von Donellus statuierte Wille doch nur im uneigentlichen Sinn Wille oder Absicht, es ist damit die Regung gemeint, welche bei Kenntnis der Wahrheit stattgefunden haben würde, ein eventueller Wille. Sehr ähnlich dem hier gegen Donellus geltend Gemachten ist, was Bechmann, Kauf II, 28 sagt in den Worten „Falsch ist es — testiert hätte." Der andere Teil von Donellus Antwort, der sich auf 15; 16 D 29,2 bezieht, lautet: Contra ubi opinio impedit, quominus fiat, quod vere fieri poterat, si quis scisset, quod in re est, ibi necesse est, opinionem plus valere, quae id, quod verum est, procedere non sinit. Diese Schlussfolgerung habe ich schon im vorigen Abschnitt unter 5. zu widerlegen gesucht. Auch Ihering scheint der Donell'schen Meinung zu sein, wenn er unter Anführung oben (S. 67 fg.) erwähnter Stellen erklärt, „dass für gewisse Verhältnisse (Erbrecht) auch das subjektive Wissen vom Vorhandensein der Voraussetzungen erforderlich ist" und dass dies durch *Plus est in opinione, quam in veritate* „ausgedrückt" werde. Aber wenn die Römer jene Erforderlichkeit in sehr vielen Stellen aussprechen, ohne dies mit jenen Worten auszudrücken, wenn, wie wir im vorigen Abschnitt gesehen haben, jene Worte der unglücklichste Ausdruck für jene Erforderlichkeit sind, so ist es wenig wahrscheinlich, dass der Sentenz die erwähnte Funktion zukam. Der Umstand, dass die Sentenz zur Begründung der Ungültigkeit in einem Fall verwandt wird, wo es am besagten Erfordernis gebricht, (nämlich 15 D 29,2), kann

aber dann nicht ins Gewicht fallen, wenn die Sentenz einen anderen Sinn, als den im Bisherigen angenommen haben sollte.

2. Diese Umdeutung leitet sich nützlich durch die Erwägung ein, wie es doch höchst unwahrscheinlich ist, dass uns in den mehrgedachten Sätzen einander entgegengesetzte Regeln, oder Entscheidungsgrundsätze gegeben sind. Die Entscheidung, die man ihnen entnimmt, ist die oberste, rechtlich wichtigste, nämlich die über die Rechtswirksamkeit eines Vorganges, also über seine Gültigkeit, oder seine Ungültigkeit. Um wirklich entgegengesetzt zu sein, müssten sie nun entweder gleichartige Thatbestände hinsichtlich der Wirksamkeit entgegengesetzt, oder ungleichartige Thatbestände hinsichtlich der Wirksamkeit übereinstimmend entscheiden. Nicht entgegengesetzt aber wären sie, wenn der eine einen Thatbestand für gültig, der andere einen andersartigen Thatbestand für ungültig erklären sollte. Vergleichen wir hiemit unsere Quellensätze, so bezieht sich, wie wir hervorheben sahen (Nr. 1) die eine Gruppe (*plus est in re* u. s. w. oder *plus valet quod in veritate est* u. s. w.) auf eine Art von Thatbeständen, während die gegenüberstehende Sentenz (*plus est in opinione* u. s. w.) auf eine andere Art von Thatbeständen bezogen wird. Allein wir finden zugleich auch mit den ersteren Sätzen etwas Positives, nämlich die Gültigkeit, mit dem letzteren Satz etwas Negatives, nämlich die Ungültigkeit in Causalzusammenhang gebracht. Denn wir lesen einerseits in

11 J 2,20: valet legatum: nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione.

9 § 4 D 22,6: plus in re est, quam in existimatione mentis: et ideo . . . dominus efficitur.

4 § 1 D 40,2: libertatem contingere. Plus enim in re est, quam in existimatione.

2 § 15 D 41,4: usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione.

Fr. Vat. 260: debitorem liberat, nec interest . . ., cum rei substantia plus polleat existimatione falsa.

und wir lesen andererseits in

15 D 29,2: non poterit repudiare: nam plus est in opinione, quam in veritate.

Wir finden demnach mit anerkannt verschiedenartigen Thatbeständen unverkennbar verschiedene Entscheidungen verknüpft, was mit der Annahme entgegengesetzter Entscheidungsgrundsätze nicht verträglich zu sein scheint. Wenn wir nachweisen könnten, dass in einem Fall, wo das Uebergewicht von opinio, oder veritas in Frage steht, die Rechtswirksamkeit des Vorgangs durch *Plus est in opinione, quam in veritate,* in einem andern solchen Fall ebenso wieder die Rechtswirksamkeit durch das umgekehrte *Plus est in veritate, quam in opinione* begründet sei, erst dann dürften wir annehmen zwei entgegengesetzte Entscheidungsprinzipien vor uns zu haben. Da aber in der That die Entscheidungen in 15 D 29,2 und z. B. 9 § 4 D 22,4 — welche den angegebenen Fall behandeln sollen — entgegengesetzte sind, so können die Entscheidungsgründe nicht gleichlautend sein. Es ist vielmehr anzunehmen, dass wenn beim Thatbestand der 15 D 29,2 Gültigkeit Platz griffe, d. h. *poterit repudiare* ausgesprochen wäre (Is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, poterit repudiare): dies mit dem Satze hätte begründet werden können: *nam plus est in veritate, quam in opinione.* Nach den Zusammenhängen oder Verbindungen also, in denen die beiden Themasätze auftreten, ist es äusserst unwahrscheinlich, dass sie zwei entgegengesetzte Entscheidungsprinzipien darstellen, nämlich etwa ein Prinzip des rigor: es kommt mehr auf die veritas, als auf die opinio an, und ein Prinzip der aequitas: es kommt mehr auf die opinio, als auf die veritas an. Vielmehr leitet das Bisherige auf den Schluss, dass die nach ihrem Zusammenhang und ihrer Funktion beurteilten Grundsätze einander nicht entgegengesetzt sind, sondern zuzammenstimmen, ja sogar einen einzigen Grundsatz bilden, der nur je nachdem die Gültigkeit oder die Ungültigkeit zu begründen ist, in der einen oder in der andern Fassung erscheint.

Diese Verneinung des Gegensatzes drängt sofort zu folgender Vermutung. Wenn wir, je nachdem Gültigkeit, oder aber Ungültigkeit ausgesprochen ist, dies auf *Plus est in re* u. s. w., oder aber auf *Plus est in opinione* u. s. w. zurückgeführt sehen, diese beiden Entscheidungsgründe einander aber nicht entgegengesetzt sind, dann können die verschiedenen Entscheidungen nur noch auf der Verschiedenheit der Thatbestände beruhen, m. a. W. dann hängt

nicht die Gültigkeit, oder Ungültigkeit, d. h. Entgegengesetztes vom einheitlichen juristischen Entscheidungsgrund, von dem nämlichen Grundsatz ab, sondern allein von der Beschaffenheit des Thatbestandes, welche je nachdem durch *plus est in opinione, quam in veritate,* oder durch *plus est in re, quam in existimatione* zu bezeichnen ist. Und diese Vermutung, dass durch diese Quellenworte nicht juristisch entschieden, sondern faktisch beschrieben wird, soll nunmehr an der Hand der Sprache erhärtet und begrenzt werden.

IV.

In den S. 75 angeführten, nun näher zu betrachtenden sechs Quellensätzen stehen sich drei Mal *res* und *existimatio,* zwei Mal *veritas* und *opinio* und ein Mal *rei substantia* und *falsa existimatio* gegenüber. In dieser Gegenüberstellung bilden die zugehörigen Begriffe Gegensätze und zwar gleichbedeutende Gegensätze, also einen Gegensatz, und sie entsprechen dem im Deutschen mit Wahrheit oder Wirklichkeit und Vorstellung oder Meinung bezeichneten. Jedoch — und hiermit wird vom Gesagten Etwas zurückgenommen — unterscheidet sich der in Vat. 260 enthaltene Satz in Wortlaut und Sinn von den übrigen Sätzen unter anderem durch folgendes. Einmal findet sich in den übrigen Sätzen Etwas das *in re* oder *in veritate est* entgegengesetzt einem Etwas das *in existimatione* oder *in opinione est,* während in Vat. 260 schlechthin *rei substantia* und *existimatio falsa* einander opponiert sind. Zweitens erscheinen *opinio* und *existimatio* in den übrigen Sätzen ohne Beiwort, während in Vat. 260 *falsa existimatio* auftritt. Die mit *falsa* prädicierte *existimatio* wird durch den auf ihren Inhalt im Verhältnis zur Wirklichkeit bezüglichen Zusatz zur falschen Vorstellung oder Meinung, einer Art des Irrtums. Die falsche Vorstellung gehört dem Vorstellungsgebiet an: man kann daher von der *falsa existimatio* sagen: *in existimatione est.* Insofern entspricht das zweite Glied des Satzes von Vat. 260 dem *in opinione* oder *in existimatione est* der übrigen Sätze, obwohl sich die Ausdrücke insofern nicht decken, als nicht alles was *in opinione* oder *existimatione est* schon *falsa existimatio* ist, da es auch *vera* sein kann. Wenn nun,

wie gesagt, *falsa existimatio* in Vat. 260 unter das fällt was *in existimatione est*, so verlangt die logische Symmetrie, dass auch das andere Glied, *rei substantia* etwas dem Wirklichkeitsgebiet Angehöriges sei. Insofern ist hier *rei substantia* nicht verschieden von dem was *in re* oder *veritate est* der übrigen Sätze. Zwar lässt sich die mit *res* oder *veritas* gemeinte Wirklichkeit als Wirklichkeitsgebiet vom darin Befindlichen, dem wirklichen Sachverhalt, unterscheiden, da aber auch Letzteres Wirklichkeit ist und heisst, so können wir ohne Schaden bei der folgenden Erläuterung veritas, res und rei substantia als Wirklichkeit einander gleichsetzen. Auch dies wird durch die unten vorkommenden Quellenworte gerechtfertigt.

Den eingangs erwähnten Gegensatz der Begriffe von Wirklichkeit und Vorstellung darf und muss die Jurisprudenz annehmen, unbesorgt um erkenntnistheoretische Einwürfe, welche etwa die Wirklichkeit für Vorstellung, oder die Vorstellung für Wirklichkeit erklären. Als romanistische gegebenen Stoff behandelnd ist sie nicht einmal darauf zu antworten verbunden und an der ihr überlieferten Unterscheidung festhaltend ist sie manchem Einwurf schon dadurch entrückt, dass ihre Wirklichkeit nicht auf das Sinnenfällige beschränkt ist, vielmehr auch res iuris umfasst, als Eigentum, Veräusserungsunfähigkeit, Empfangslegitimation und Erbfolgerecht (in unseren Stellen). Von einer sachlichen Begründung des Gegensatzes ist daher hier abzusehen, wohl aber die sprachliche nachzuliefern. Dabei gilt es

1. von veritas noch an einigen Beispielen aus den juristischen Quellen zu zeigen, dass dem Worte der angegebene Sinn von Wirklichkeit oder Wahrheit zukommt, und dass es in demselben unter Anderem auch der Vorstellung oder Meinung entgegengesetzt wird. Die Begriffe von Wirklichkeit und Wahrheit decken sich grossenteils und werden im Lateinischen unterschiedlos von veritas vertreten. Da man jedoch im Deutschen nicht vom Licht der Wirklichkeit, sondern der Wahrheit spricht, durch die Folter nicht die Wirklichkeit, sondern die Wahrheit ermittelt werden, die res iudicata nicht als Wirklichkeit, sondern als Wahrheit gelten lässt, so ist auf diese Unterscheidung Rücksicht zu nehmen hier wo veritas als Wirklichkeit oder Wahrheit in Frage steht. Es werden daher im folgenden nicht

als Belege verwandt die Stellen, in welchen Aussprüche der erwähnten Art vorkommen, wie Vat. 35. 207 D 50,17. 25 D 1,5. 1 § 23 D 48,18. 6 p C 6,1. 8 § 1,2 C 9,41. 10 ib. Jul. Ep. I, 2, überhaupt nicht die zahlreichen Stellen, in welchen veritas als Gegenstand und Ziel prozessualer Untersuchung und Feststellung erscheint, z. B. in Verbindung mit quaerere, inquirere, exquirere, invenire, excutere, discutere, illuminare, eruere, detegere, examinare, servare, cognoscere, revelare, dicere, ostendere u. s. w. Man vgl. z. B. 10 D 1,6. 3 § 3 D 12,6. 1 p D 25,6. 10 p D 2,11, 6 D 2,15. 1 § 1 D 29,3. 9 p D 48,18. 9 § 5 ib. 8 § 6 C 5,17. 2 § 1 C 5,53 17 § 1 C 12,35. 17 C 2,3. 1 C 4,30. 6 § 2 C 5,18. 6 § 2 C 7,62. 32 § 1,2 C 6,42 und ferner noch 29 § 1 D 22,3. 29 D 48,10. 1 C 5,51. 1 C 7,5. 5 C 4,50.

Da die den Römern fehlende Unterscheidung auch bei uns nicht mit durchgängiger Schärfe zu machen ist, so kann man von einem Grenzgebiet sprechen. Demselben nähern sich, oder gehören an die Aussprüche von

7 § 3 D 48,4: Hoc tamen crimen iudicibus non in occasione ob principalis maiestatis venerationem habendum est, sed in veritate.

6 § 1 D 1,18: Veritas rerum erroribus gestarum non vitiatur: et ideo praeses provinciae id sequatur quod convenit eum ex fide eorum quae probabuntur.

Gai. IV, 178: — potiusque ex iudicis errore vel iniquitate victoriam sperat, quam ex causa veritatis.

1 C. Greg. 1,4: Si exsoluta est pecunia, nihil obest veritati, quod cautio integra manet apud creditorem.

16 § 2 D 38,2: Si petierit in servitutem et optinuerit, mox cognita veritate passus sit in libertate morari, non debet ei obesse, maxime si habuit iustam causam errandi.

5 C 6,23: Neque professio neque adseveratio nuncupantium filios, qui non sunt, veritati praeiudicant.

4 C 6,23: Si in nomine praenomine seu cognomine testator erravit nec tamen de quo senserit incertum sit, error huiusmodi nihil officit veritati.

1 C 2,5: Errorem calculi — veritati non adferre praeiudicium saepe constitutum est.

2 C 2,9: Errores eorum, qui desideria (id est preces) scribunt veritati praeiudicium adferre non posse manifestum est.

13 p C 5,51: — si quidem tutor vel curator pro substantia pupilli vel adulti aliquid ubicumque dixerit ad maiorem quantitatem eam reducens — nihil veritati praeiudicare —

35 J 4,6: Si quis aliud pro alio intenderit, nihil eum periclitari placet, sed in eodem iudicio cognita veritate errorem suum corrigere ei permittimus. —

Völlig dem Gebiet der Wirklichkeit oder Wahrheit gehören an:

5 § 1 D 2,7: — quo non id continetur quod in veritate est, sed quanti ea res ab actore aestimata —

2 § 5 D 2,8: — quod utrum veritatem contineat an vero quantitatem —

7 § 2 D 27,6: — magis puto non poenam, sed veritatem his verbis contineri.

42 D 35,2: In Falcidia aestimatio pretii rerum ex veritate facienda est.

37 D 50,16: Verbum „oportere" non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur.

29 D 25,2 — nam veritate furtum fit, etsi lenius coercetur mulier —

8 D 49,17 — veritatem enim spectamus, an — non quod quis finxit.

54 D 44,7 — cum fides facti simulatur non intercedente veritate.

23 D 28,2: — observari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intellegatur, ne imagine naturae veritas adumbretur.

5 D 22,4: Si res gesta sine litterarum quoque consignatione veritate factum suum praebeat.

6 p D 50,1: Adsumptio originis, quae non est, veritatem naturae non peremit: errore enim veritas originis non amittitur nec mendacio dicentis se esse, unde non sit, deponitur: neque recusando quis patriam, ex qua oriundus est, neque mentiendo de ea, quam non habet, veritatem mutare potest.

Paul. V,1,2: Veritati et origini ingenuitatis manumissio quocumque modo facta non praeiudicat.

Dosith. 1.: quoniam nostra civitas ea (l. eo) veritate utitur (wozu vgl. Voigt, Jus nat. I, 624 A. 15).

Coll. VIII,6,1: Falsum est, quidquid in veritate non est, sed pro vero adseveratur.

1 § 1 C. Th. 2,27 — quid enim aliud falsarius agit, quam ut similitudinem veritatis imitetur? wozu vgl. Nov. 73 praef.

Ferner liesse sich verweisen auf 2 C 6,44. 23 C 6,42. 8 p C 4,49. 9 C 5,4. 13 C 5,4. 7 C 7,14. 15 C 7,16. 27 § 1 C 7,16. 13 C 8,42. Jul. Ep. 36,3 u. a.

Endlich der Gegensatz von veritas und Vorstellung, Meinen, Glauben tritt besonders in folgenden Stellen zutage:

44 § 2 D 3,5: Titius pecuniam creditoribus hereditariis solvit existimans sororem suam defuncto heredem testamento extitisse. Quamvis animo gerendi sororis negotia id fecisset, veritate tamen filiorum defuncti — gessisset —

30 § 4 D 29,2: Quid ergo si praegnas fuit, cum putaret heres non esse praegnatem et adiit, mox abortum factum est? procul dubio nihil egerit. Totiens igitur ei sua praesumptio proficit, quotiens concurrit cum veritate.

32 § 2 D 29,2: Sed et si de condicione testatoris incertus sit — non poterit adire hereditatem, etsi eius condicionis sit in veritate, ut testari potuerit.

136 D 50,17: Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quotiens lex impedimento non est.

2. Res hat unter den vielen Bedeutungen, welche ihm ausweislich der Wörterbücher zukommen, auch die hier einschlagende von Wirklichkeit oder Wahrheit im Gegensatz zu Vorstellung, Meinung u. s. w. Es tritt damit der eben besprochenen veritas an die Seite, findet sich aber zusatzlos im angegebenen Sinn viel seltener gebraucht als veritas, wird vielmehr meistens von ipsa oder vera begleitet. In diesem Sinn ist es, obwohl mit ihnen verwandt, von den Bedeutungen zu unterscheiden, welche Voigt, Jus nat. III A. 135 erörtert. Jedoch ist zunächst zu bezweifeln, dass res die unformale Willenserklärung im Gegensatz zu verbum, als der formalen bezeichne. Wenigstens erweisen dies nicht die a. a. O. § 1 gegebenen Citate, auch wenn man statt des nicht

hergehörigen c. 27 aus Cic. p. Caec. nach Jus nat. I, 42 setzt c. 11 und 31. Wir haben es vielmehr hier wie in c. 21.28 und 30 und bei Cic. de Or. I, 57, 243, im Glossem de Off. I, 13, 40 und 41 § 1 D 23,3 mit dem Gegensatz von Wort und Sache zu thun Was z. B. in Cic. p. Caec. 11 unter der Sache zu verstehen sei, wird dort ausdrücklich gesagt, eingeleitet mit den Worten: Est haec res posita, quae ab adversario non negatur. Und den hier angegebenen wirklichen Sachverhalt, diese Wirklichkeit oder Wahrheit hat der Redner auch an den anderen Stellen im Auge. Es handelt sich nicht um eine im Interdict, im Eidschwur, in der Stipulation steckende unformale Willenserklärung, sondern um einen ausserhalb jener erfolgten Vorgang. Wenn es z. B. in 41 § 1 cit. heisst: Sed si nuptiae secutae non fuerint, ex stipulatu agi non potest: magis enim res, quam verba intuenda sunt: so ist unter res die Thatsache zu verstehen, dass die Ehe vereitelt worden ist, um derentwillen die dotis promissio gegeben worden war. Solche Deutung „der Sache nach", nach dem in Wirklichkeit Gegebenen mag unter die Auslegung nach der voluntatis ratio fallen, immerhin bezeichnet dann res nicht die unformale Willenserklärung.

Den Gegensatz von Sache und Wort, oder Wirklichkeit und Erklärung, welchen 41 § 1 cit. bietet, treffen wir auch in

2 p D 37,15: — licet enim verbis edicti non habeantur infames ita condemnati, re tamen ipsa et opinione hominum non effugiunt infamiae notam — eine Gegenüberstellung, welche sich schon bei Cic. p. Cluent. 20,56 (citirt in Voigt l. c. A. 131) findet: Oppianico re et existimatione iam: lege et pronuntiatione nondum condemnato.

24 D 38,1: — etsi non verbis, at re ipsa inest obligationi tractus temporis.

73 p D 45,1: Interdum pura stipulatio ex re ipsa dilationem capit —

13 p D 16,1 — cum prima facie (d. i. der Erklärung nach) quidem alienam, re vera autem suam obligationem suscipiat.

Man sehe ferner 5 J 3,15. 4 § 1 D 15,1. 8 D 49,16. 33 D 46,1. 39 § 5 D 21,2. 13 § 1 D 1,18. 60 § 1 D 35,2. 18 D 11,1. 29 § 1 D 40,7. 4 § 3 D 44,4. 13 p C 4.1. 1 § 1 C 5,13. 1 C 5,15. 2 i. f. C 6,43 vgl. 28 p C 4,32. 4 C 4,6.

An diesen Gegensatz von Wort und Sache grenzt der von Wort und That oder Werk, wie wir denn auch „in der That" für „in Wahrheit" sagen. Jedoch unterscheidet sich der letztere vom ersteren dadurch, dass bei jenem ein Aeusserungsmittel oder eine Wirkungsweise der anderen an die Seite oder entgegengesetzt wird. Auch scheint mir res für That oder Werk den Beisatz vera nicht zu vertragen und daher nicht so prädiziert zu werden. Diesen Unterschied lässt Voigt a. a. O. A. 135 unberücksichtigt, indem er den „Gegensatz des Gesagten und des Wirklichen" und „von Wort und That" als gleichbedeutend hinstellt. Demnach gehören auch mehrere der dortigen Belege wie Cic. p. Quinct. 2,7, in Verr. III, 13,33 dem hier zuerst besprochenen Gegensatz an, nicht dem von Wort und That. Das älteste römische Beispiel der Entgegensetzung von Wort und Werk dürfte vorliegen in Plaut. Epid. I, 2,9 u. 10: Nihil agit, qui diffidentem verbis solatur suis; Is est amicus, qui in re dubia re iuvat, ubi re est opus und 13 sqq.: Nam quid te igitur retulit Beneficum esse oratione, si ad rem auxilium emortuom est.

In unseren Rechtsquellen findet sie sich z. B. 32 § 1 D 1,3. 4 § 1 D 15,1. 94 D 29,2. 38 p D 36,1. 1 § 11 D 37,11. 20 D 50,1.

Was nun endlich res, res ipsa und res vera für Wirklichkeit oder Wahrheit im Gegensatz zu Vorstellung u. s. w. anlangt — welcher Gegensatz allein unserem Thema angehört — so zeigt er sich in:

110 § 1 D 45,1: — ut quid in re sit, aestimari debeat, non quid senserit promissor.

33 D 29,2: Quod si dubitet, apud hostes decessit an civis romanus, quoniam utroque casu est ius adeundi et in re est, ut possit adire —

3 J 1,6: — utroque modo fraudantur creditores, id est et consilio manumittentis et ipsa re, eo quod bona non suffectura sunt creditoribus.

5 § 13 D 3,5: — si cum te heredem putarem, insulam fulsero hereditariam — cum hoc facto meo alter sit locupletatus et alterius re ipsa gestum negotium sit —

33 D 34,2: — eam legatam esse, de qua senserit testator, non quae re vera aut muliebris aut virilis sit.

30 § 2 D 29,2: Sive igitur putem praegnatem sive sit re vera praegnas —

62 D 17,2: — cum putarem Titii hereditatem ad Seium pertinere — te, qui re vera Titio heres es —

54 § 3 a D 41,1: — nec solum si nostros putaverimus, sed et si communes aut fructuarios — si re vera communes aut usuarii essent —

2 § 1 C 4 49 — iusto errore te ductum vel fraude adversarii captum, quasi id debitum esset, quod re vera non debebatur —

2 p D 41,4: Pro emptore possidet, qui re vera emit, nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere.

Mit re vera unmittelbar zusammenhängend, res und veritas mit einander verbindend und den Uebergang zu rei substantia vermittelnd ist der gleichfalls für Wirklichkeit oder Wahrheit gebrauchte Ausdruck rei veritas, auf den darum, obwohl er in den hier verhandelten Sätzen nicht vorkommt, wenigstens hingewiesen werden darf. Anderes, das nicht am Wege liegt, wie veritas für religiöse Wahrheit d. h. Orthodoxie, oder für Echtheit, oder die Wendung fides veritatis, kann auf sich beruhen bleiben. Zunächst dem engeren Sinn von juristischer Wahrheit (s. oben S. 78/9) gehört an oder steht nahe rei veritas z. B. in 3 §2 D 22,5. 10 D 5,1. 11 D 44,1. 16 § 1 C 6,42. 14 C 9,2; den Gegensatz zur Erklärung, vornehmlich scriptura, macht es z. B. in 2 C 7,32. 1 C 4,22. 10 C 8,53, während in 2 C 8,40 und 25 § 2 C 1,2 einfach veritas und ἀληθές dem Geschriebenen gegenübersteht. Hierher gehört auch die Entgegensetzung von legum subtilitas und rei veritas in 30 p C 5,12. Sodann treffen wir rei veritas als für die Schätzung massgebende Wirklichkeit oder Wahrheit (wie veritas schlechthin in der S. 80 citierten 42 D 35,2) in 62 § 1 D 35,2. 6 § 8 D 39,3, und endlich begegnet uns der Ausdruck in dem uns hier interessierenden Sinn des Gegensatzes zur subjektiven Innerlichkeit z. B. in 7 § 1 D 18,1: — magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est. 120 D 45,1, — nec placuit instar habere condicionis sermonem, qui non ad futurum, sed ad praesens tempus refertur, etsi contrahentes rei veritatem ignorant.

3. Rei substantia, in Vat. 260 falsa existimatio gegen-

übergestellt, kommt, so viel ich sehe, in den Rechtsquellen nicht noch ein Mal vor, was in Anbetracht der Häufigkeit der Sache auffallen darf; *substantia cuiusque rei* in 51 D 26,7 gehört nicht hierher, weil da *res* die Angelegenheit bedeutet. Die besagte Einzigkeit erschwert die Deutung und nötigt bei derselben vorzüglich auf den Zusammenhang der Stelle Gewicht zu legen. Indessen fehlt es nicht an Anhaltspunkten, um rei substantia den unter 1. und 2. besprochenen Ausdrücken veritas und res im angegebenen Sinne zu unterstellen, wobei nur eine Spezialisierung nach dem Zusammenhang schon hier vorzubehalten und geeigneten Orts (S. 97) nachzutragen ist. Einmal hat mit der erwähnten significatio die Gegenüberstellung von falsa existimatio und zugleich die ganze Phrase eine befriedigende Bedeutung. Sodann klingt die zuletzt besprochene Wendung rei veritas genugsam an rei substantia an, um Synonymität nahe zu legen. Ferner wird man geneigt sein rei substantia dem durch das einfache res im einschlägenden Sinn repräsentierten Begriff unterfallen zu lassen, wenn man sich erinnert, wie oft substantia mit davon abhängigem Substantiv, das Wesen des letzteren Dinges bezeichnend, statt dieses Dinges schlechthin gesagt wird. Das ist z. B. der Fall mit *cognationis substantia* in 4 § 2 D 38,10, *emptionis substantia* in 72 p D 18,1, *contractus emptionis atque venditionis substantia* in 8 C 4,44, *operae substantia* in 61 p D 41,1, *ipsa substantia debiti,* wie Bartolus statt *constantia* emendiert hat in 11 § 13 D 32, *substantia obligationis* und *obligationum* in 6 D 14,6, 3 p D 44,7. 54 D 46,3. Aber während in diesen Fällen (wie in unserem) der substantia des Dinges immer noch ein prägnanter Sinn zukommt, gegenüber der einfachen Bezeichnung desselben, so scheint mir eine blosse Umschreibung der der res gleichstehenden veritas vorzuliegen im Ausdruck substantia veritatis, welcher in 5 C 1,18. 13 p C 4,19. 10 C 4,21. 2 C 4,22. 17 C 4,29. 10 C 4,38 gebraucht wird. Diese Reskripte, welche allein diesen Ausdruck enthalten, rühren, beiläufig bemerkt, alle von Diocl. und Maxim. her.

Zur Bestätigung des Bisherigen dient endlich noch die Entgegensetzung von opinio und substantia in

2 § 2 D 41,4: — contra si exstitit (sc. condicio emptionis)

et ignoret (sc. emptor), potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur, quam opinionem, usucapere eum.

10 § 1 D 44,3: Quadriennii tempus, quod bonis vacantibus nuntiandis praescriptum est, non ex opinione hominum, sed de substantia vacantium bonorum dinumeratur. Worin die Wirklichkeit der Vacanz besteht, ist im dort Folgenden angegeben.

4 D 36,1: — neque illud inquiritur, solvendo sit hereditas an non sit. Opinio enim, vel metus vel color eius, qui noluit adire hereditatem, inspicitur, non substantia hereditatis, nec immerito. Hier bedeutet substantia hereditatis nicht die wirkliche Existenz, sondern den wirklichen ökonomischen Betrag der Erbschaft, geradeso wie in 23 D 4,3 und 15 D 18,4.

V.

Denken und Wirklichkeit, existimatio u. s. w. und veritas u. s. w. bilden verschiedene Begriffe, so dass sie einander in abstracto gegenüberstehen. In dem gleichen Verhältnis steht was in einem gegebenen Fall Sache der Vorstellung ist zu dem was in demselben Falle Sache der Wirklichkeit ist d. h. existimatio und veritas stehen sich in concreto gegenüber. Ist doch jenes erstere Begriffsverhältnis erst aus einer Mehrheit von Vorkommnissen der letzteren Art durch Abstraction gewonnen. Ausserdem ist eine concrete veritas von einer concreten existimatio nicht blos durch die Form, wenn man so sagen darf, verschieden, indem beide verschiedenen Gebieten angehören, sondern sie stehen auch ihrem Inhalt nach in einem Verhältnis zu einander. Und zwar sind hier, worauf näher zurückzukommen ist (S. 89 fg.), mehrere Verhältnisse möglich.

Das eben über Wirklichkeit und Vorstellung Gesagte geht aus den im vorigen Abschnitt (S. 81. 83. 84. 86) angeführten Stellen hervor, in welchen veritas, res, rei veritas, rei substantia und substantia einem gewissen internen subjektiven Verhalten wie Glauben, Meinen, Beabsichtigen, Zweifeln, Ungewisssein, Nichtwissen gegenüberstehen. Beifügen liessen sich noch

11 § 5 D 44,2: Itaque adquisitum quidem postea dominium aliam

causam facit. Mutata autem opinio petitoris non facit. — 6D47,19: — rei hereditariae furtum non fit sicut nec eius, quae sine domino est, et nihil mutat existimatio subripientis. während zahlreiche andere Stellen, welche das gleiche Phänomen mit anderen Ausdrücken, als unsere Themasätze, nämlich mittelst Eigenschafts- und Zeitwörtern darstellen, zur Vereinfachung der Diskussion unbenützt bleiben. Zugleich lehren die Zeugnisse des vorigen Abschnitts, damit das S. 78 Gesagte bestätigend, dass die Römer die eben genannte konkrete Wirklichkeit, also das in gegebenen Fällen Wahre ebenso durch veritas, res, rei veritas, rei substantia, als auch durch Etwas quod in veritate est oder in re est bezeichnen: vgl. z. B. 2§5D2,8 cit. mit 5§1D2,7 cit.; und dass sie nicht minder die konkrete Vorstellung, das in gegebenen Fällen Gemeinte sowohl durch existimatio, speziell falsa existimatio, opinio, praesumptio, bona fides, als auch durch Etwas, das in opinione est oder in existimatione est ausdrücken.

Da die römischen Rechtsquellen so vielumfassende und farblose Begriffe wie Wahrheit oder Wirklichkeit und Vorstellung oder Meinung nicht im allgemeinen zu erörtern pflegen, so konnte der im vorigen Abschnitt erstrebte Aufschluss über Dasein und Namen jener Begriffe nur in ihrer Anwendung gesucht werden. Die Stellen, die daher schon dort anzuführen waren, müssen nun auch zum Nachfolgenden in Bezug gesetzt werden, soweit dasselbe sich mit den inhaltlichen Verhältnissen von Vorstellung und Wirklichkeit befasst.

Durch die obige Erinnerung an die Art römischer Rechtsquellen und durch den bezeugten Sprachgebrauch wird nun nahe gelegt, dass die beiden allgemein lautenden Quellensätze, welche hier geprüft werden, nicht Etwas von der Wirklichkeit und von der Vorstellung überhaupt aussagen, sondern blos die in den betreffenden Fällen gegebenen konkreten Wirklichkeiten und ebenso die konkreten Vorstellungen einander entgegenhalten. Zu Gunsten dieser für die Urheber der Aussprüche vielleicht selbstverständlichen Restriktion kann man geltend machen,

1. dass in 2§15D41,4: Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi, ut hic plus sit in re quam in existimatione der einschlagende Satz: *plus sit in re, quam in existimatione* mit hic

ausdrücklich auf den vorliegenden Fall bezogen ist. Dass damit nicht die *hic* stattfindende Anwendung des bewussten Grundsatzes, sondern das *hic* obwaltende Inhaltsverhältnis einer gewissen veritas und einer gewissen existimatio ausgesprochen sei, soll die weitere Untersuchung ergeben und erklären.

2. 9 § 4 D 22,6 in folgender Lesart: Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione ementis: et ideo tametsi existimet se non a domino emere — indem hier nicht von existimatio überhaupt, sondern von der des Käufers gesprochen ist, welcher dann auch nur eine gewisse res oder Wirklichkeit, nämlich das Eigentum des Verkäufers gegenüberstehen kann. Die, wie es scheint, ausschliesslich überlieferte Lesung ist *mentis*. Die Emendation *ementis* ist Heraldus a. a. O. zu verdanken. Wie der zu verbessernde Fehler entstanden ist, liegt nahe genug. Das *e* am Ende von *existimatione* hat das gleich folgende am Anfang von *ementis* nicht aufkommen lassen, oder umgekehrt, da es, wenn man sich zur Emendation aufgefordert findet, freisteht, das Schluss-*e* von *existimatione* als ausgefallen zu betrachten. Fälle solcher diplomatischen Konsumtion sind im Flor. nicht selten, man sehe z. B. 5 D 4,1. 21 § 2 D 4,2. 24 § 3 D 19,2. 19 § 4 D 22,3. 40 § 2 D 29,1. 108 § 1 D 30. 1 § 8 D 43,13. 1 § 29 D 43,16. 4 § 26 D 44,4. 6 D 50,9 in Mommsens Ausgabe. Gegen die Lesart *existimatione mentis* spricht, dass *existimatio* in dieser wenigsagenden Verbindung mit *mentis*, oder einer ähnlichen, wie *animi* (vgl. 27 § 2 D 50,1 Mom.) im Digestenlatein nicht wieder vorkommt; in 27 C Th. 16,2 (a. 390) steht *arbitrii sui existimatione*. Vielmehr nimmt in den Digesten *existimatio*, wo es nicht von *aliqua*, *falsa* oder *resupina* begleitet ist (18 D 3,2. 5 D 41,10. 36 § 1 D 41,3. 4 D 43,24) immer Bezug auf die Person, den Menschen, der die existimatio hat, wie *nostra*, *ipsius et emptoris*, *circumcolentium*, *donantis*, *subripientis*, *solventis* (15 § 3 D 41 3. 34 D 45,3. 1 § 1 D 43,12. 43 D 39,6. 6 D 47,19. 27 D 12,6), was nun auch bei der befürworteten Lesung *(ementis)* der Fall ist. Es braucht wohl kaum gesagt zu werden, dass mit dieser Lesung 9 § 4 cit. aufhört, die bewusste Regel im Wortlaut zu enthalten, dass aber deren Bezweiflung noch andere Gründe hat, als eine Textconjectur.

Sollte nun, was S. 87 für wahrscheinlich erklärt worden

ist, sich bewähren, nämlich in den zur Diskussion stehenden beiden Sätzen nur eine Bezugnahme auf die in den betreffenden Fällen gegebene concrete veritas und concrete opinio stattfinden, so würden diese Sätze ihren Anspruch auf den Wert von Regeln aufzugeben haben. Jene Bewährung hängt nun weiter davon ab, in welchem Verhältnis die concrete veritas zu der concreten opinio stehen kann, was hier nur soweit es unser Ziel erheischt, zu betrachten ist.

Das Wirkliche und das Vorgestellte können in einem juristischen, oder sie können in einem faktischen Verhältnis zu einander stehen. 1. Das faktische Verhältnis kann sein a) Congruenz, in dem jene beiden einander decken; diese Deckung ist *concurrere* in 30§4D29,2: totiens igitur ei sua praesumptio proficit, quotiens concurrit cum veritate; oder es kann sein b) Divergenz, indem beide völlig oder gewissermassen auseinander gehen. Hiervon ist im nächsten Abschnitt die Rede. Die Konstatierung dieses zweiten faktischen Verhältnisses ist nicht eine Aussage über seine rechtliche Bedeutung. 2. Das in diesem Abschnitt ins Auge zu fassende juristische Verhältnis kann sein a) Aequivalenz, indem es dem Recht für sein Eingreifen d. h. das Platzgreifen eines Rechtssatzes ebenso sehr auf das eine Glied, als auf das andere ankommt und zwar entweder in dem Sinn, dass beide vorhanden sein müssen, was nicht ohne die vorhin erwähnte faktische Congruenz möglich ist, oder in dem Sinn, dass eines das andere vertreten oder ersetzen kann. Die Aequivalenz im letztern Sinn wird ausgesprochen z. B. in 136D50,17: Bona fides tantumdem possidenti praestat, quantum veritas —. Die Aequivalenz im erstern Sinne wird ausgesprochen z. B. in 2pD41,4 vom Usucapionsbesitz pro emptore: nec sufficit tantum in ea opinione esse eum, ut putet se pro emptore possidere, sed debet etiam subesse causa emptionis —, in 3J1,6 von der manumissio in fraudem creditorum nach der lex Aelia Sentia: — impediri libertatem, cum utroque modo fraudantur creditores, i. e. et consilio manumittentis et ipsa re, eo quod bona non suffectura sunt creditoribus —, und von Anwendungsfällen dieser Aequivalenz ist im zweiten Abschnitt eine Anzahl vorgekommen, die sich vergrössern liesse, z. B. durch 19D14,6. 12D16,1, wenn es hier auf jenes Ver-

hältnis ankäme. Das juristische Verhältnis des Wirklichen zum Vorgestellten kann aber auch sein b) Prävalenz, indem es für das Recht, nämlich den Eintritt oder den Umfang seiner Wirkung mehr auf das eine, oder mehr auf das andere Glied des Verhältnisses ankommt. Die Erklärung der Prävalenz ist nicht Konstatierung des faktischen Verhältnisses der Divergenz, und die Geltung der Prävalenz schliesst das Vorhandensein faktischer Congruenz nicht aus. Diese Prävalenz findet sich ausgesprochen und zwar zu Gunsten der Vorstellung z. B. in 4 D 36,1: Opinio enim — eius qui noluit adire hereditatem, inspicitur, non substantia hereditatis —, 33 D 34,2: — Itaque ante omnia dicendum est eam legatam esse, de qua senserit testator, non quae re vera aut muliebris aut virilis sit. Zu Gunsten der Wirklichkeit wird Prävalenz ausgesprochen z. B. in 110 § 1 D 45,1: ut quid in re sit, aestimari debeat, non quid senserit promissor —, 10 § 1 D 44,3: Quadriennii tempus, quod bonis vacantibus nuntiandis praescriptum est, non ex opinione hominum, sed de substantia vacantium bonorum dinumeratur —, 2 § 2 D 41,4: — si exstitit (sc. condicio emptionis) et ignoret (sc. emptor), potest dici secundum Sabinum, qui potius substantiam intuetur quam opinionem, usucapere eum — und endlich noch in 11 J 2,20:

Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed et si legatarii putavit, valere constat, quia exitum voluntas defuncti potest habere.

Im hier zunächst einschlagenden ersten Teil ist die Entscheidung von der Art, wie sie begründet wird, zu unterscheiden. Letztere *(nam plus valet etc.)*, welche schon Vinnius und Schrader in ihren Kommentaren angefochten haben *(non recte, incogitanter)*, wird auch von Arndts in Glück's Kommentar 46,188 für „auffallend" erklärt, und Rosshirt, d. L. v. d. Vermächtnissen II,147 sagt davon: „ein Gedanke, der manchmal passt, manchmal nicht, und in unserem Falle immerhin ein Machtspruch ist." Ein solcher ist übrigens jede Erklärung der juristischen Prävalenz im Gegensatz zu der im nächsten Abschnitt zu besprechenden Konstatierung der faktischen Divergenz. Mit Bezug auf die Entscheidung selbst aber, welche nicht sonst vorkommt,

sagt Schrader: Haec apertissima esse videntur, und nach Arndts ist das Vermächtnis „unzweifelhaft" gültig. Diese entschiedene Anerkennung pflegt jedoch auf eine Argumentation gestützt zu werden, die mir nicht zwingend zu sein scheint. Es wird geltend gemacht, dass das Legat gültig ist, wenn der Testator sich nicht geirrt hat, die Sache wirklich eine fremde war, als wissentliches Vermächtnis einer fremden Sache, und ferner, dass der Erbe die wirklich zur Erbschaft gehörige Sache nicht erst anzukaufen brauche, um sie dem Legatar zu geben. So Arndts a. a. O.

Allein die in der ersteren Erwägung gemachte Bedingung ist in unserem Fall eben nicht erfüllt, es wird vielmehr nach dem Einfluss des Irrtums gefragt. Und da könnte zu gunsten des Erben bestimmt sein was sonst zu gelten scheint: dass wer Eigenes gibt, es für Fremdes haltend, dasselbe nicht verliert. Wenn man (z. B. Exner, Tradition S. 282, Brinz, civ. Arch. 63, 378) den allgemeinen Schlussatz von 35 D 41, 1 *(nemo errans rem suam amittit)* auf den in der Stelle behandelten Fall einer Tradition für fremde Rechnung beschränken zu müssen geglaubt hat, so ist daran zu erinnern, dass ein ehrlicher Mensch nicht leicht in die Lage kommt, eine Sache, die er für fremd hält, von sich aus, also namentlich ohne Vollmacht oder Erwartung der Genehmigung übereignen zu wollen. So könnte sich erklären, dass an den ersteren Fall jener allgemeine Satz geknüpft ist, und dass wer suo nomine vermeintlich Fremdes tradiert, d. h. Andern eine Grube gräbt, selbst hineinfalle, würde eines andern Beweises bedürfen.

Der zweite Gedanke könnte sehr wohl für den Gesetzgeber massgebend sein, welcher über die Gültigkeit oder Ungültigkeit zu entscheiden hat, der Dogmatiker kann eine solche Entscheidung nicht nach der Zweckmässigkeit geben.

Wenn die Entscheidung sich ursprünglich auf das Vindikationslegat bezogen haben sollte, so hat nach Schrader der Entscheidungsgrund guten Sinn. Daran nun, dass das vom Testator in Damnationsform errichtete Vermächtnis, weil die Sache sein eigen war, als Vindikationslegat aufrecht erhalten worden sei, ist wohl nicht gedacht, weil nicht zu denken. Wenn dagegen der Erblasser seinen fundus Cornelianus, dessen Eigen-

tum er fälschlich einem anderen beimass, per vindicationem vermachte, so hat er sich entweder in der Form vergriffen oder nicht ernstlich legieren wollen (Gai. II, 196). Wenn man auf beides nicht Rücksicht nahm, sondern das Legat in seiner gegebenen Vindikationsform gelten liess, so war man dabei nicht von *Plus valet quod in veritate est etc.* geleitet. Offenbar nicht für den Fall des Ernstmangels und auch im andern nicht, wenn man, wie geschehen muss, unter veritas das wirkliche Eigentum des Erblassers und nicht die von seinem Standpunkt verkehrte Legatserklärung versteht. Es geht vernünftigerweise nicht an, die Gültigkeit einer gegebenen Erklärung, welche wegen einer Meinung in Frage steht, mit dem Satz zu begründen, dass die Erklärung mehr wiege, als die Meinung. Ist es doch überhaupt fast unglaublich, dass die Römer es nötig gefunden auszusprechen und zu begründen, ein formell richtiges Vindikationslegat, bei dem auch die Voraussetzung des Eigentums beim Erblasser erfüllt war, sei gültig, obwohl der Erblasser das Eigentum irrig einem Anderen beigemessen hatte. In 44 § 1 und 81 § 6 D 30 wird denn auch nur das Dasein der Eigentumsvoraussetzung erklärt.

Nach alle dem finde ich es nicht so „unbegreiflich, wie Rosshirt II, 147, der doch auf Schraders Anmerkung zu dieser Stelle verweist, diesen nur in den Institutionen enthaltenen Satz als »wahrscheinlich von Justinian aufgestellten« bezeichnen mochte". Arndts a. a. O. A 61. Bei dieser Annahme würde auch der Entscheidungsgrund *(Plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione)* justinianisch sein. Indessen könnte auch die Irrelevanz des fraglichen Irrtums schon früher gegolten haben und nur die vorliegende Motivierung auf die Rechnung der Institutionenredaktoren kommen. Wenn etwa die Klassiker und ihre Vorgänger die Irrelevanz des Irrtums als das Normale ansahen, so brauchten sie die Gültigkeit eines Damnationslegates, bei dem der Testator die Sache fälschlich für eine fremde gehalten hatte, nicht erst zu begründen. Und wenn einer die von der Tradition geltende Ausnahme auf jenes in die Obligationen und die Nachlassordnung gehörige Geschäft ausdehnen wollte, so brauchten sie um Gründe der Ablehnung nicht verlegen zu sein. Hingegen Anlass zur

Motivierung hätten die Institutionenredaktoren gehabt, wenn, wie Arndts meint, aus dem Satz „hervorgeht, dass das Legat vollkommen als Legat einer eigenen Sache des Erblassers wirkt, das Eigenthum also unmittelbar auf den Legatar übergeht". Diese Konsequenz ist freilich durch die Herausgeber von Arndts, Lehrbuch § 659 A. 2[a] unter Hinweis auf § 560 in Frage, von Zitelmann, Irrtum A. 524 in Abrede gestellt worden. Hätten aber, was Arndts zu meinen scheint und plausible Replik wäre, die Urheber der Motivierung: *nam plus valet quod in veritate est etc.* dieselbe nicht blos auf die Thatsache der Gültigkeit beziehen, sondern mit dem Hinweis auf das in veritate vorhandene Eigentum des Testators zugleich die Art der Wirksamkeit, nämlich dingliche, anzeigen wollen, dann wären wir wohl genötigt, die Byzantiner als die Urheber anzusehen.. Denn um des Eigentums des Erblassers willen, das dieser nicht vorhanden glaubte, ein in Damnationsform errichtetes Legat in ein Vindikationslegat zu konvertieren, wäre den Klassikern nicht möglich gewesen; ihnen musste genügen, dass optimo iure hinterlassen war. Dass aber die Byzantiner jene auf die Art der Wirksamkeit des Legats gerichtete Absicht mit der Motivierung verbanden, geht daraus hervor, dass letztere sonst gar nicht am Platz ist. Denn um zu begründen, dass das Legat, wie vom Erblasser gemeint, obligatorisch wirksam sei, trotz des Irrtums über das Eigentum, konnte man nicht auf die Prävalenz der veritas gegenüber der opinio verweisen, weil das in veritate vorhandene Eigentum für solche Wirksamkeit irrelevant ist. Aus diesem Grund hat wohl Arndts die Motivierung „auffallend" gefunden, wie aus seiner Verweisung auf Vinnius zu schliessen ist, der jene anficht: quoniam etsi opinionem attendas aut quod opinabatur verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Und wenn Ihering, dogm. Jahrbb. II, 157 den Satz aufstellt: „beim objektiven Vorhandensein der Voraussetzungen eines Rechtsgeschäfts ist das subjektive Nichtwissen derselben und mithin der Glaube an die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts völlig unschädlich" und sich dabei auch auf unsere Stelle, 11 J 2, 20 bezieht, so kann nach dem Gesagten diese Bezugnahme nur gelten, wenn unter *valet* die dingliche Wirksamkeit verstanden wird. Das Eigentum des Testators ist keine

Voraussetzung der obligatorischen Wirksamkeit. Hierbei würde jedoch der Ausdruck „völlig unschädlich", wo „Uebergültigkeit" (wie man mit Hofmann, Krit. Studien S. 112 sagen könnte) platzgreift, nämlich über die beabsichtigte und in Frage zu stellende obligatorische Gültigkeit hinaus die dingliche eintritt, sehr ungeeignet sein.

Dafür dass die Institutionenverfasser in der Motivirung *Plus valet quod in veritate est* etc. dingliche Wirksamkeit anzuzeigen beabsichtigten, von der Annahme, welcher Absicht die Vernünftigkeit der Motivirung abhängt, wie wiederum solche Motivirung die byzantinische Autorschaft verrät, kann man noch Folgendes vorbringen. Es erhebt sich nämlich die Frage, warum die Redactoren nicht die erste Entscheidung mit der zweiten (sed et si legatarii putavit, valere constat) auf den nämlichen Grund: quia exitum voluntas defuncti potest habere gestützt haben? Aus der Art wie Theoph. ad h. l. den Eigentumsübergang auf den Legatar (καὶ ἀνεμποδίστως ἐπ' ἐμὲ δύναται μεταφέρεσθαι ἡ δεσποτεία, et sine impedimento dominium in me transferri potest) begründet, nämlich seine Berufung auf das Eigentum des Erblassers (καὶ γὰρ ὁ τελευτήσας δεσπόζει, nam et defunctus erat dominus) geht hervor, dass er dingliche Wirkung des zweiten Vermächtnisses annahm. Auf das gleiche Resultat führt der Institutionengrund: quia exitum voluntas defuncti potest habere. Denn der Testator, welcher den Legatar für den Eigentümer der vermachten Sache hielt, kann verständigerweise nichts anderes gewollt haben, als dass der Legatar vindicire, sein Eigentumsrecht geltend mache; 10 J 2,20 steht nicht entgegen. Wird nun gesagt, diese voluntas könne realisirt werden, so muss dies heissen der Legatar kann vindiciren. Und die Vindication der wirklich dem Erblasser gehörigen Sache sollte ihm beigelegt werden. Hiernach ist wohl klar, dass zu dem gleichen Ende der gleiche Grund nicht im ersten Fall angegeben werden konnte, denn die voluntas des Testators in diesem Fall, wo er die Sache für eines Dritten Eigentum hielt, konnte nur auf Forderungsklage des Legatars gehen. Die Motivirung: *quia exitum voluntas defuncti potest habere* würde hier besagt haben: der Legatar hat ein Forderungsrecht. Durch die Motivirung: *Plus valet quod in veritate est* etc. wurde dieser Auslegung vorgebeugt und auf das

in veritate vorhandene, auf den Legatar direct übertragbare Eigentum des Erblassers hingewiesen.

Man könnte nun noch weiter fragen: warum auf den zuerst angegebenen Grund *(Plus valet quod in veritate est* etc.*)* nicht auch die zweite Entscheidung gestützt worden ist? (oben S. 63). Darauf wäre zu antworten, dass er auf dieselbe nicht passt. Denn wenngleich der zweite Fall (sed et si legatarii putavit) nach Massgabe der opinio entschieden wird, welche dem Legatar Eigentum beimisst, so ist das Resultat dasselbe, wie wenn der veritas gemäss entschieden wird, nämlich Eigentumsanspruch des Legatars. Es macht sich also da nicht Prävalenz dessen quod in veritate est geltend, solche Prävalenz kann daher für die Entscheidung nicht angerufen werden. Sollte endlich jemand daran Anstoss nehmen, dass die Byzantiner kaum dass sie ihr *Plus valet quod in veritate est quam quod in opinione* vorgetragen haben, einen Fall bringen, der sich dem Satz entzieht, so müsste ich dies billigen. Die Unbedachtsamkeit, deren sie dabei geziehen werden, ist aber viel kleiner, als manche die ihnen hier und anderwärts von früheren Auslegern vorgeworfen worden ist, und zu ihrer Entschuldigung liesse sich hier etwas sagen. Indessen ist solche Blösse so wenig ausserhalb ihres Charakters, dass sie vielmehr die Annahme begünstigt, dass wir hier in 11 J 2,20 nicht auf classischen Trümmern wandeln.

Das Ergebnis der vorstehenden Erörterungen ist, dass der sonst nirgends vorkommende Satz: *plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione* justinianischer Abkunft ist. Ob er als solcher nicht blos der Fassung, sondern auch dem Inhalt nach zu gelten habe, hängt davon ab, ob der als gleichbedeutend erachtete Satz: *plus est in re, quam in existimatione* wirklich gleichbedeutend ist, wovon im nächsten Abschnitt zu handeln sein wird. Die Umkehrung der erstgenannten Regel, nämlich: *plus valet quod in opinione est, quam quod in veritate,* ist in den Quellen nirgends zu finden, und wenn der als gleichbedeutend geltende Satz: *plus est in opinione, quam in veritate* nicht gleichbedeutend sein sollte, worauf sich wieder der nächste Abschnitt bezieht, so würde die erstgenannte Regel ohne Widerspruch sein. Dass sie nicht ausnahmslos gilt, greift sie als Regel nicht

an. Wohl aber wird dieser ihr Charakter als römischer Rechtsregel, der aus historischen Gründen in Verdacht kam, auch dadurch in Frage gestellt, dass die Ausnahmen so sehr zahlreich sind. Ein so viel durchlöchertes Prinzip wird schwerlich ein Prinzip gewesen sein. Es entziehen sich ihm nämlich die Fälle, wo trotz des Prinzips Ungültigkeit Platz greift, z. B. oben S. 67. Es entziehen sich ihm ferner die Fälle, wo zwar juristische Prävalenz, aber trotz des Prinzips Prävalenz der opinio stattfindet, z. B. oben S. 64. Und es entziehen sich ihm endlich auch die Fälle der Aequivalenz, z. B. S. 68. 89 da die Erklärung der Prävalenz dessen quod in veritate est der juristischen Gleichgeltung nicht Rechnung trägt.

Die geäusserten Zweifel werden auch nicht durch den Schlusssatz der dem Papinian zugeschriebenen, als Vat. 260 erhaltenen Stelle beschwichtigt: *cum rei substantia plus polleat existimatione falsa.* Denn diese Worte haben augenscheinlich einen engeren Sinn, als die bisher betrachteten Institutionenworte. Es wird nicht überhaupt die Meinung, sondern nur die falsche Meinung für überwogen erklärt. Die falsche Meinung steht als solche in einem gewissen faktischen Verhältnis zur Wirklichkeit oder Wahrheit, nämlich in dem der Divergenz. Es ist also die hier (Vat. 260) statuierte Prävalenz nicht mit faktischer Kongruenz vereinbar. Daher werden die Fälle, bei denen Aequivalenz stattfindet, nämlich eine gewisse veritas und eine derselben entsprechende existimatio, als vera existimatio erfordert wird, von der Regel in Vat. 260 gar nicht berührt, so dass sie nicht Ausnahmen derselben bilden. Falsa existimatio ist ferner sowohl die existimatio, die Voraussetzungen für die rechtliche Wirksamkeit oder Zulässigkeit eines Vorganges seien vorhanden, während sie in Wahrheit fehlen, als auch umgekehrt die existimatio jene Voraussetzungen seien nicht vorhanden, während sie in Wahrheit gegeben sind. Eine falsa existimatio der ersten Art liegt vor z. B. in den Fällen der ohne Wissen des Zahlers wieder entzogenen Empfangs- oder Zahlungsvollmacht (oben S. 64). Eine falsa existimatio der zweiten Art haben wir an dem Fall, welcher in Vat. 260 der obigen Sentenz vorangeht, wo der Peculiarschuldner patre non dissentiente dem Sohne zahlt, indem er fälschlich meint, derselbe sei nicht emancipiert,

oder es sei demselben das Peculium entzogen worden. In den zuerst genannten Fällen der falsa existimatio sehen wir nicht nach dem wirklichen Sachverhalt entschieden, sondern nach dem putativen. Man kann daher von ihnen sagen, es prävaliere die falsa existimatio. Wenn nun Vat. 260 erklärt, *cum rei substantia plus polleat existimatio falsa*, so ist diesen Worten nach Massgabe der besonderen von der in 11 J 2,20 angewandten doppelt verschiedenen Ausdrucksweise, ein besonderer Sinn beizumessen, nämlich *rei substantia*, wie oben S. 85 vorbehalten, prägnant zu verstehen. Bedeutet es nicht wie einfach *res* das Wirkliche, sondern das Wesen des Wirklichen, nämlich das für den Eintritt der Rechtswirkung, hier der Liberation, wesentliche Wirkliche, dann sind die Fälle fehlender Empfangs- oder Zahlungsvollmacht nicht solche, in denen rei substantia vorhanden ist. Demgemäss bildet die bei ihnen erfolgende Entscheidung nicht nach dem wirklichen Thatbestand keine Ausnahme von der Regel *cum rei substantia plus polleat existimatione falsa.* Als Ausnahmen bleiben nur die Fälle übrig, in denen trotz gegebener rei substantia wegen der falsa existimatio Ungültigkeit eintritt. Hiernach ist die papinianische Regel bedeutend enger und bestimmter, als die justinianische. Sollte dennoch jemand am Bestand derselben wegen der erwähnten einen Ausnahmegruppe Anstoss nehmen, so wäre ihm zu raten, die Autorschaft Papinians in Frage zu stellen und eine spätere Abfassung zu behaupten. Mit dem Hinweis darauf, dass pollere = valere in den von Papinian erhaltenen Schriften und, wie es scheint, überhaupt in den Digesten nicht wieder vorkommt, könnte er die erforderliche Begründung beginnen.

VI.

Wenn zwischen der juristischen Prävalenz der veritas oder einer veritas über die opinio oder eine opinio (wie umgekehrt) und der faktischen Divergenz einer veritas von einer opinio ein Unterschied ist, also dass auch die Erklärung der juristischen Prävalenz nicht Constatierung der faktischen Divergenz ist, und die Aussage der Letzteren nicht Festsetzung der Ersteren ist,

so muss man erwarten, diesen Unterschied auch sprachlich ausgeprägt zu sehen. Es wird nun in der That nicht blos überhaupt der veritas eine potestas zugeschrieben in 9 C 5,4, sondern es finden sich auch verschiedene, bestimmte Ausdrücke zur Bezeichnung der erwähnten Prävalenzverhältnisse, als:

plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione: 11 J 2,20.

rei substantia plus polleat existimatione falsa: Vat. 260.

opinio — inspicitur, non substantia: 4 D 36,1.

potius substantiam intuetur, quam opinionem: 2 § 2 D 41,4.

Es sind dies die nämlichen Wendungen, in welchen nach den von Voigt, Jus naturale III A. 1 a. E. beigebrachten Zeugnissen das Prävalenzverhältnis von *verba* und *sententia* oder *voluntas*, von *scriptura* und *peractum sit*, von *scriptum* und *actum*, von *agitur* und *simulate concipitur*, kurz die Prävalenz von Wort oder Wille ausgedrückt wird. Zum letzterwähnten *intuetur* kann als Parallele beigefügt werden 16 § 1 C 6,42: in fideicommissis voluntas magis quam verba plerumque intuenda sunt. Nicht aber wird zur Bezeichnung dieser Prävalenz die Wendung: *plus est in sententia, quam in verbis* angeführt.

Dahingegen hat man von altersher die uns hier vorliegende Prävalenz von res und existimatio oder opinio durch die Quellensätze ausgedrückt geglaubt: *plus est in re, quam in existimatione* und *plus est in opinione, quam in veritate.* Das hohe Alter dieser Deutung zeigen die Basiliken, welche in der Bearbeitung von 9 § 4 D 22,6 sagen in II, 4,9: Ἡ ἀλήθεια πλέον ἰσχύει τῆς ὑπονοίας (Plus valet veritas, quam opinio. I, 83 Heimb.), wozu ein Scholiast mit Hinweis auf 35 D 41,1 und 15 D 29,2 bemerkt: ἐν οἷς ἐπικρατεστέραν τῆς ἀληθείας ἐδέξαντο τὴν ὑπόνοιαν (in quibus opinionem veritate potiorem receperunt. I, 84 Heimb.). Und zu Bas. XLVIII, 2, 4, der Bearbeitung von 4 D 40,2, bemerkt ein Scholiast, seinen Text ausspinnend, doch mit selbständiger Beschränkung auf den gegebenen Casus: Πλέον γὰρ ἰσχύει ἡ τοῦ πράγματος ἀλήθεια τῆς τοῦ δεσπότου ἢ τῆς τοῦ οἰκέτου ὑπονοίας (Plus enim valet rei veritas, quam domini vel servi existimatio. IV, 623 Heimb.). Es finden also in den Basiliken zur Wiedergabe des römischen *plus est in re, quam in existimatione* die gleichen Worte Anwendung, wie die welche Theophilus in seiner

Paraphrase von 11 J 2,20 *(plus valet quod in veritate est* etc.) gebraucht, wenn er sagt: πλέον γὰρ ἰσχύει ἡ ἀλήθεια τῆς ὑπονοίας. Sollten, was im vorigen Abschnitt zu zeigen gesucht wurde, jene Institutionenworte auf die Byzantiner, nämlich das Institutionentriumvirat, zurückgehen, so würde ich annehmen, dass dieselben mit jenen Worten ausdrücken wollten, was sie bei Julian und Paulus mit *plus est in re, quam in existimatione* gesagt glaubten.

In der Auffassung der klassischen Juristen, im Gegensatz zur Textkritik, kommt den byzantinischen Bearbeitern nicht mehr Autorität zu, als den bolognesischen. Dass die Letzteren von der Gleichsetzung des *plus est in — quam in —* mit *plus valet — quam —* ausgingen, hat der erste Abschnitt gezeigt. Ebenso ergaben die dortigen literarischen Zeugnisse, deren Zahl leicht zu vergrössern wäre, dass jene Auslegung seither festgehalten worden ist und die Grundlage der am Eingang dieses Aufsatzes angegebenen Auffassung bildet. Sie scheint als selbstverständlich erachtet worden zu sein, da man keinem Versuch zu ihrer Begründung begegnet. Gleichwohl kann die Deutung nicht als richtig gelten.

Vorab muss es auffallen, dass die bei Weitem häufiger vorkommende Prävalenz von Wort oder Wille nicht durch *plus est in sententia, quam in verbis* ausgedrückt wird. Auch sonst einen Fall, wo *plus est in* für *plus valet* gesagt ist, vermag ich nicht anzugeben. Sodann lässt sich darthun, dass der Inhalt der veritas oder res als Etwas bezeichnet wird, das sich *in re* oder *in veritate* befindet. Man sehe nur 5 § 1 D 2, 7: quod *in veritate est.* Coll. VIII, 6,1: quidquid *in veritate* non *est.* 2 C 2,53: idque *in veritate* non *esse* probaveris. 33 D 29,2: *in re est*, ut possit adire. 110 D 45,1: quid *in re sit*, aestimari. Auch lässt sich verweisen auf 7 § 1 D 18,1: *in rei veritate incertum est,* wo indirect Etwas vom Inhalt der veritas ausgesagt wird, und auf Stellen wie 32 § 2 D 12,6. 38 § 3 D 28,6. 17 p, § 1 D 37,14. 2 p D 41,4, wo *in aliqua opinione esse* von Personen gesagt wird, welche Stellen zwar nicht den sachlichen Inhalt der opinio angeben, aber doch zeigen, dass *esse in opinione* unser „sich in einer Meinung befinden" bedeutet. Wenn nun mit *est in* „befindet sich in" beziehungsweise der Inhalt von res, veritas oder opinio bezeich-

net wird, so ist nicht einzusehen, warum ein Bedeutungswechsel dadurch erfolgen soll, dass als Subjekt jenes *est in* „*Plus*“, „ein Mehr“, oder „Mehr“ eintritt. Für einen solchen müssten gewichtige Zeugnisse geliefert werden. Dass ein solches nicht vorliegt in 1 § 3 D 7,2 (= Vat. 77): *Sed in usu fructu hoc plus est,* „aber beim Niessbrauch findet dies noch mehr statt“ bedarf wohl keiner weiteren Erklärung. Dagegen bieten Parallelen für die hier vertretene Deutung:

3 § 1 D 19,1: — nec tamen fructuum praestatio ea stipulatione continetur, neque rursus *plus* debet *esse in* stipulatione.

66 p D 31: debitor autem non semper quod debet iure legat, sed ita, si *plus sit in* specie legati.

70 § 2 D 31: si quidem *minus esset in* virili portione, *quam* fratris hereditas habuit, nihil amplius peti posse, quod si *plus*—

72 p D 23,3: — sed non *plus esse in* promissione bonorum, *quam* quod superest deducto aere alieno.

34 p D 18,1: nec refert, quanti sit accessio: sive *plus in* ea *sit*, *quam in* ipsa re cui accedat, an minus.

Gai. III 126 = 5 J 3,20: nec *plus in* accessione *esse* potest, *quam in* principali re.

14 J 2,20: — inutile est legatum, si nihil *plus est in* legato, *quam in* debito —

77 § 16 D 31: non erit quaerendum, an *plus in* aere alieno *sit*, *quam* in quaestu.

13 § 1 D 50,16: — et ideo si corruptae redditae sint vel transfiguratae, videri abesse, quoniam plerumque *plus est in* manus pretio, *quam in* re, womit wegen Sinn und Ausdrucksweise zu vergleichen ist 14 p D 50,16: — quoniam earum rerum pretium non in substantia, sed in arte sit *positum*.

22 D 50,16: *Plus est in* restitutione, *quam in* exhibitione: nam exhibere est praesentiam corporis praebere, restituere est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque restitutionis verbo continentur.

In allen diesen Stellen bedeutet *plus est in aliqua re* nicht: ein Ding ist mächtiger oder überwiegt, sondern: in einem Ding ist Mehr enthalten. Dass bei einer ökonomischen Vergleichung, wie sie in 34 p D 18,1 cit. vorliegt, das, worin Mehr enthalten ist oder steckt, darum zugleich das Mächtigere, Ueberwiegende

ist, liegt an der Beschaffenheit der vorliegenden Vergleichung und nicht an den Worten, mit welchen sie ausgedrückt wird. In Uebereinstimmung mit dem angegebenen Sprachgebrauch, den zu verlassen kein Grund besteht, haben wir auch in unseren Stellen die Wendung „*plus est in — quam in*" zu verstehen, und: *Plus est in re, quam in existimatione* bedeutet dann: in der Wirklichkeit ist Mehr enthalten, als in der Meinung, während: *Plus est in opinione, quam in veritate* besagt: in der Meinung ist Mehr enthalten, als in der Wirklichkeit. Es findet demnach eine Vergleichung der Inhalte von Wirklichkeit und Meinung statt, aber nicht hinsichtlich der Wirksamkeit oder des juristischen Gewichts, sondern hinsichtlich der Menge oder des Umfanges. Die quantitative Inhaltsverschiedenheit, welche in jenen Sätzen behauptet wird, ist nicht Erklärung oder Festsetzung der juristischen Prävalenz des einen Gliedes, sondern Konstatierung der faktischen Divergenz, welche, weil sie darauf beruht, dass in dem einen Mehr enthalten ist, als in dem anderen, als faktische Differenz zu bezeichnen ist. Hieraus ergibt sich von vornherein, der nachfolgenden Bestätigung aus dem Zusammenhang der fraglichen Quellenworte gewärtig, dieses:

1. Es kann zwar die juristische Prävalenz des Wirklichen, oder des Vorgestellten je über das Andere sei es schlechthin, sei es für den Fall der faktischen Divergenz (falsa existimatio) mit Allgemeingültigkeit, als Regel ausgesprochen werden. Dagegen kann nicht — ausserhalb des Feldes der Erkenntnistheorie — der blos empirischen Thatsache der Differenz des Wirklichen und des Vorgestellten Allgemeingültigkeit zugeschrieben werden. Die Konstatierung dieses Factums hängt von seinem Gegebensein ab. Während der Ausspruch der Prävalenz sich auf eine unbestimmte Zahl von Thatbeständen beziehen kann, kann der Ausspruch *plus est in re, quam in existimatione* nur gegenüber dem Thatbestand Platz greifen, der diese faktische Differenz darbietet. Und das Gleiche gilt von dem Ausspruch: *plus est in opinione, quam in veritate.*

2. Diese Aussprüche widersprechen einander nicht, vgl. o. S. 75 ff. Da sie sich, wie gesagt, auf verschiedene Thatbestände beziehen, nämlich von verschiedenen Thatbeständen etwas Thatsächliches aussagen, so können sie nicht übereinstimmen, ohne dass sie doch

einander widersprechen. Die Sätze „die Luft ist wärmer, als das Wasser“ und „das Wasser ist wärmer, als die Luft“ collidieren nicht, wenn sie sich auf zeitlich oder örtlich verschiedene Objekte beziehen.

3. Zwischen diesen Aussprüchen und denen, welche allgemein Prävalenz aussprechen (11 J 2,20. Vat. 260), besteht an und für sich (s. den folgenden Abschnitt) weder Uebereinstimmung noch Widerspruch (vgl. S. 89 fg.). Insbesondere ist das durch 15 D 29,2 gewährte und bezeichnete thatsächliche Phänomen, dass Mehr in opinione als in veritate enthalten ist, an sich nicht im Widerspruch mit der Regel der Prävalenz dessen quod in veritate est.

Da nach der hier gegebenen Deutung der beiden Quellensätze dieselben nicht absolut eine Prävalenz des Inhalts der opinio über den der veritas oder umgekehrt aussprechen, sondern mit Bezug auf bestimmte Thatbestände ein Umfangsverhältnis der Inhalte von opinio und veritas ausdrücken, so muss sich diese Deutung an den Rechtsfällen selbst bewähren, denen die Sätze beigefügt sind. Zunächst nun der in 15 D 29,2 enthaltene lautet mit der Entscheidung: Is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare. Wer sich fälschlich für einen heres necessarius hält, während er voluntarius ist, der schreibt sich damit Mehr zu, nämlich ein stärkeres Erbfolgerecht, als ihm in Wirklichkeit zukommt. Es ist also hier in der, nämlich in seiner Meinung Mehr enthalten, als in der Wirklichkeit, und dies besagt der beigefügte Satz: *plus est in opinione, quam in veritate.* Unter veritas ist nicht die künftige Handlung, die Ausschlagung des voluntarius, sondern das voluntarium esse zu verstehen. Es heisst: non poterit repudiare, er wird nicht ausschlagen können, und es heisst nicht entsprechend: plus erit in opinione, quam in veritate, wohl aber: cum sit voluntarius. Auch in zahlreichen anderen Stellen geht veritas nicht auf die Handlung, sondern auf die vor derselben vorhandene Wirklichkeit, die gegebenen Voraussetzungen, unter denen die Handlung vollzogen wird; es genügt zu erinnern z. B. an 32 § 2. 30 § 4 D 29,2 und S. 92 oben. Die vorhin gegebene Erklärung von 15 D 29,2 findet sich schon in Ferandi Adduensis Explicationes a. 1561 (Otto, Thesaurus II, 538/9). Dieser einst sehr verehrte, jetzt kaum ge-

nannte, aber hier rühmlich zu nennende Gelehrte knüpft daran die allgemeine treffende Bemerkung: et ideo supervacaneae videntur hic illae disputationes, quando plus dicatur esse in opinione, et quando plus in veritate. Bei seiner Interpretation, die zu begründen ihm überflüssig schien, wendet er sich gegen das Missverständnis der Glosse (oben S. 59/60) und sagt von Accursius: accipit enim pro eo, quod est opinio praestat veritati. Sed, ut dixi, haec nihil ad rem, quia dictum Ulpiani non est generale, sed refertur solum ad factum huius legis, ut quilibet, qui non sit prorsus latinitatis expers, facile iudicare potest.

Sodann der Rechtsfall von 9 § 4 D 22,6 lautet: qui ignoravit dominum esse rei venditorem . . . und weiterhin: tametsi existimet se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur — hier wird eine in Wirklichkeit vorhandene Voraussetzung des Eigentumserwerbs durch Tradition, nämlich das Eigentumsrecht des Verkäufers und Tradenten vom Käufer und Empfänger irrtümlich als nicht vorhanden gedacht. Es ist somit in Ansehung der Eigentumstradition in Wirklichkeit (in re) Mehr vorhanden, als in der Meinung des Käufers. Und dieser empirische Sachverhalt, dieser Mehrbetrag an Wirklichkeit wird konstatiert mit den den zuerst angeführten unmittelbar folgenden Worten: *plus in re est, quam in existimatione mentis* (besser *ementis*: S. 88).

Das Nämliche zeigt sich in den beiden Fällen, welche in 4 § 1 D 40,2 enthalten sind: quotiens dominus servum manumittat, quamvis existimet alienum esse eum — Et e contrario si se Stichus non putaret manumittentis esse —. Eine Voraussetzung der Freilassung ist des Freilassers Eigentum am Sklaven. Diese Voraussetzung ist in beiden Fällen vorhanden. Allein im ersten glaubt der Herr, der Sklave stehe in eines Anderen Eigentum, im zweiten glaubt Stichus selber nicht im Eigentum des Freilassers zu stehen. Es ist hiernach hinsichtlich der Freilassung in Wirklichkeit Mehr vorhanden, als in der Meinung, nämlich des Herrn bezw. des Sklaven. Dieser Sachverhalt wird konstatirt mit den allem Anschein nach auf beide Fälle sich beziehenden Worten: *plus — in re est, quam in existimatione.*

Zum Letzten wird unser Satz in Zusammenhang gebracht mit dem ersten Fall von 2 § 15 D 41,4, welcher sammt der Entscheidung lautet: Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate,

quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi —. Wer von einem Pupillen ohne vormundschaftliche Auctorisation kauft kann Nicht-Eigenthum erwerben und insofern in die Lage kommen, zu usucapieren, entweder

a) weil Verkäufer und Tradent nicht Eigenthümer der Kaufsache ist, oder

b) weil Verkäufer und Tradent nicht veräusserungsfähig ist, oder

c) weil Verkäufer und Tradent nicht Eigenthümer und nicht veräusserungsfähig ist.

Den zweiten Grund, bei welchem Eigenthum des Verkäufers vorausgesetzt ist, könnte man darum streichen wollen, weil die Sachen von Minderjährigen der Ersitzung entzogen sind. Allein man nimmt fast allgemein und aus gewichtigen Gründen an, dass res pupilli der alten usucapio ausgesetzt waren, vgl. die Pandektenlehrbücher von Windscheid § 182 A. 11, Vangerow I, 583, Arndts § 162 A. 1. Auch nicht wegen des durch die Oratio Severi gegebenen Verbotes der Veräusserung von Mündeln gehörigen praedia rustica und suburbana ist die Annahme von Nichteigenthum des Verkäufers erforderlich, abgesehen davon, ob gegenüber 5 § 2 D 27,9 diese Annahme hinreichend ist. Vielmehr kann unsere Stelle, wie Schirmer zu Unterholzners Verjährungslehre 2. Aufl. A. 133 a. E. bemerkt, „sehr wohl von Sachen verstanden werden, die der Oratio nicht unterlagen." Es bleibt danach die Frage bestehen, ob auf a, oder auf b, oder auf c Paulus, der Verfasser der Stelle, die Usucapionsmöglichkeit gestützt habe. Die Antwort auf diese Frage ergiebt der zweite Theil der Stelle: quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu — denn indem hier der identische, nur im Wissen und Glauben des Käufers verschiedene Casus gesetzt wird und dabei für die Usucapion das Nicht-Eigenthum des Verkäufers gar nicht in Frage kommt, (*res suas* sogar auf Eigenthum deutet) so kann dasselbe auch im ersten Fall weder allein (a) noch neben der Veräusserungsunfähigkeit (c) die Voraussetzung der Usucapion bilden. Es ist danach die Usucapion allein durch die Veräusserungsunfähigkeit des Verkäufers und Tradenten ermöglicht. Wenn nun derselbe in Wirklichkeit veräusserungsunfähig war, aber vom Käufer für pubes und damit für ver-

äusserungsfähig gehalten wurde, so war hinsichtlich der Usucapion, nämlich was deren Voraussetzungen anlangt, in der Wirklichkeit Mehr als in der Meinung (nämlich des Käufers) vorhanden. Und eben dieser Sachverhalt wird bezeichnet mit: *hic plus sit in re, quam in existimatione.*

Diese Stelle ist bemerkenswert durch den Putativtitel, den sie zulässt (vgl. Windscheid, Pandektenrecht § 178 A. 6. Voigt, Jus naturale IV, 551 A. 127), durch die Schwierigkeiten, welche sie den Auslegern bereitet hat, und durch die Textconjecturen, welche durch jene Schwierigkeiten veranlasst worden sind. Es wird wohl der hier vertretenen, auch für unsere Stelle zutreffenden Deutung der Worte: *plus est in re* etc. zur Empfehlung gereichen, dass sie uns der Hauptschwierigkeit überhebt und das Bedürfniss nach Textänderungen wegnimmt. Auf eine solche glaubte schon Hadrian Pulvaeus verzichten zu können, als er die von der Glosse ausgehende Erklärung zuversichtlich vorbrachte (Otto, Thesaurus IV, 344), welche sich mit Unterholzners Worten (a. a. O. I, 119/20 wiedergeben lässt: „da war die Frage, ob die Wirklichkeit (res), dass nämlich die Sache keinem Unmündigen gehört, mehr gelten soll, als die falsche Voraussetzung (existimatio), dass es nämlich Mündelgut sei: Paulus nimmt das Erste an: ut hic plus in re, quam in existimatione." Diese durch den Text ausgeschlossene und von Unterholzner selbst „eigentlich" abgelehnte Erklärung hat schon Schirmer, Usucapion A. 208 widerlegt, seinerseits der Emendation den Vorzug gebend. Einer solchen hat dagegen wieder Bechmann, Kauf II, 26/7 entraten zu können geglaubt mit der Erklärung: „Der Erwerber glaubt vom mündigen Eigenthümer zu erwerben: in Wirklichkeit ist der Auktor noch unmündig, aber auch nicht Eigenthümer." Die letzte Annahme wird, wie wir gesehen haben S. 104, vom Römer nicht gemacht. „Der Ersitzung," heisst es weiter, „steht nichts im Wege, und der Ersitzende befindet sich sonach in günstigerer Lage, als wenn er vom unmündigen Eigenthümer erworben hätte; alsdann gäbe es weder unmittelbaren Erwerb noch Ersitzung." Allein Erwerb vom unmündigen Eigenthümer war nach Bechmanns eigener Darstellung weder Sache des Glaubens des Erwerbers, noch Sache der Wirklichkeit.

Die Hauptschwierigkeit — denn auf alle braucht hier nicht eingegangen zu werden, z. B. nicht auf die Möglichkeit des in der Stelle vorausgesetzten Besitzerwerbs, worüber Savigny, Besitz S. 357, Brinz, Pandekten I § 138 A. 53 fg., Strohal, Succession in den Besitz S. 173 — die Hauptschwierigkeit ergab sich den Vorgängern daraus, dass die in der Stelle angenommene Gültigkeit eines Putativtitels mit der darin vermeintlich ausgesprochenen Prävalenz der res über die existimatio nicht stimmen wollte, indem man umgekehrt den Ausspruch erwartete, dass es hier mehr auf die existimatio, als auf die res ankomme. Dabei setzte man dem hier wiederholt bemerkten Sprachgebrauch zuwider und, wie ich nun (S. 92 oben, S. 102 unten) wohl sagen darf, fälschlich voraus, dass unter der Wirklichkeit die Kauf- und Traditionshandlung zu verstehen sei, während die vor derselben gegebene Voraussetzung der Usucapion (S. 104) gemeint ist, ebenso wie die vor der Legats-, Erwerbs-, Zahlungs-, Manumissions- und Ausschlagungs-Handlung gegebene Voraussetzung ihrer Wirksamkeit in 11 J 2,20. 9 § 4 D 22,6. Vat. 260. 4 § 1 D 40,2. 15 D 29,2. Indem nun der Text unserer 2 § 15 D 41,4 der oben erwähnten Erwartung nicht entsprach, nahm man hieran so grossen Anstoss, dass Ihering a. a. O. bemerkte: „Wie Sintenis im deutschen Corpus juris die Stelle so, wie sie lautet, hat übersetzen mögen, ist schwer zu begreifen": als ob nicht der Uebersetzer sich an den überlieferten Text zu halten hätte, da der unsrige hier überdies in Anmerkungen fremder Emendation gedenkt und wegen der Exegese eine Verweisung macht. Der von Ihering selbst gemachte Emendationsvorschlag ist ein Beispiel incivilen (24 D 1,3) Scharfsinns; denn, wenn die Umstellung von pupillus und pubes nach dem ersten Teil der Stelle angeht und einleuchtet, so wird sie durch den zweiten gänzlich ausgeschlossen. Die von der Glosse erwähnte Lesart: alias est *non*, hoc modo *non plus est in re* scheint apokryphisch zu sein; wenigstens wird ihrer weder bei Gebauer noch bei Mommsen gedacht. Auch sieht man nicht ein, warum der Jurist die Bemerkung gemacht haben sollte, es treffe Etwas nicht zu. Grössern Beifall hat die, wie es scheint, von Cujaz erdachte Conjektur gefunden, man sehe Schulting z. St., Dig. ed. Mommsen, Schirmer a. a. O., wozu vgl. Unterholzner a. a. O. A. 133ᵃ,

während der Widerspruch seines Zeitgenossen und Landsmannes Hotomanus, Observationes. VIII c. 15 wirkungslos geblieben ist. Cujaz hat an verschiedenen Stellen seiner Werke die durch Umstellung der Worte sich ergebende Lesung befürwortet: *ut hic plus sit in existimatione quam in re,* nicht wie nach Mommsen zu meinen und allerdings gleichbedeutend ist: *ut hic plus quam in re sit* in existimatione. Und zur Begründung führt er (Comment. in lib. 54. Pauli ad ed.) an: Quinimo hic i. e. in hac specie Plus est in existimatione quam in re: si existimationem emptoris spectes, jure emit: si rem, non iure: et tamen procedit usucapio pro emptore, quia plus valet quod est in opinione, quam quod est in re. Die Umstellung von Wörtern, wodurch der Sinn eines Satzes in sein Gegenteil verkehrt wird, ist einer der stärksten operativen Eingriffe in einen Text. Mit der vorgeschlagenen erhält der Text eine Fassung, welche sonst nirgends vorkommt. *Res* wird dabei auf den Kauf- und Traditionsvorgang, statt auf die vor demselben vorhandene Voraussetzung der Usucapion bezogen, was eine willkürliche Abweichung vom Sprachgebrauch unserer Stellen ist. Dagegen ergibt schon die grammatische Auslegung des überlieferten Textes einen Sinn, der vollauf befriedigen kann und sich auch in der Vergleichung mit den übrigen Anwendungsfällen der vermeintlich anstössigen Worte vollkommen bewährt.

VII.

Die eine faktische Differenz aussprechenden Sätze: *Plus est in re, quam in existimatione* und *Plus est in opinione, quam in veritate* stehen in 9 § 4 D 22,6. 4 § 1 D 40,2. 2 § 15 D 41,4 und 15 D 29,2, wo sie vorkommen, nicht abgerissen da. Sie stehen aber dort nicht bloss mit den Fällen, sondern auch mit den Entscheidungen in Verbindung. Und zwar ist die letztere Verbindung Causalzusammenhang. Die ihnen erteilte Funktion von Entscheidungsgründen gibt ihnen zu der ihnen an sich (S. 102) zukommenden noch eine juristische Bedeutung, die also nicht in den Sätzen selbst liegt, sondern von ihrer Verwendung herkommt. Dieselbe bildet den Gegenstand dieses Schlussabschnitts.

Der erwähnte Causalzusammenhang liegt unmittelbar zu Tage in 9 § 4 D 22,6, wo nach *Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis* fortgefahren wird mit: *et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur.* Wenn Paulus, dessen Name der Stelle inscribiert ist, so geschrieben hat, so hat er nicht bloss die hier obwaltende Differenz von res und existimatio konstatieren, sondern auch mit ihrem Obwalten die Entscheidung *dominus efficitur* begründen wollen. Diese Absicht konnte er aber nur haben, wenn er voraussetzte, dass über den vorliegenden Fall hinaus, wann *plus est in re, quam in existimatione,* Gültigkeit Platz greife. Es ist also hier ein Syllogismus versteckt, dessen Obersatz lautet: wenn bei einer Differenz des in re und des in existimatione Enthaltenen das Mehr in re enthalten ist, so ist der Akt gültig. Wenn man die im Differenzfall wegen jenes Mehrbetrages der Wirklickeit eintretende Gültigkeit als Prävalenz der Wirklichkeit bezeichnen will, so ist dagegen nichts einzuwenden, als dass dadurch die Verwechselung mit der früher (S. 90) besprochenen Prävalenz befördert wird, was doch besser zu vermeiden ist. Auch sei noch besonders hervorgehoben, dass jene erstere s. g. Prävalenz durch den Satz: *plus est in re, quam in existimatione* nicht ausgedrückt wird.

Auch in 4 § 1 D 40,2 folgt auf den Casus und die Entscheidung: *Quotiens dominus servum manumittat, quamvis existimet alienum esse eum, nihilo minus verum est voluntate domini servum manumissum — et ex contrario si se Stichus non putaret manumittentis esse, nihilo minus libertatem contingere* als Entscheidungsgrund: *Plus enim in re est, quam in existimatione.* Auch hier konnte Julian, dem die Stelle zugeschrieben ist, die Thatsache des Mehrbetrags an Wirklichkeit, die er konstatirt, nur dann als Grund der Gültigkeit der Freilassung anführen, wenn er voraussetzte, dass die Gültigkeit das in solchem Differenzfall regelmässig Eintretende sei.

Nur mittelbar dagegen ist der Causalzusammenhang ausgesprochen in 2 § 15 D 41,4; denn hier ist dem Casus und der Entscheidung: *Si a pupillo emero sine tutoris auctoritate, quem puberem esse putem, dicimus usucapionem sequi* zwar unser Satz beigefügt, aber verbunden durch *ut*, nämlich: *ut hic plus sit in re,*

quam in existimatione, was deutsch wiederzugeben ist mit: „so dass hier ein Fall vorliegt, wo in der Wirklichkeit Mehr als in der Vorstellung enthalten ist". Diese Thatsache der Differenz kann nämlich nicht die Folge oder Rechtsfolge der Usucapion sein, wohl aber kann sie Erkenntnisfolge der Entscheidung sein. Das will heissen: wenn in einem Differenzfall wie dem beschriebenen für Gültigkeit nämlich für Usucapion entschieden wird, so ist daraus zu ersehen, dass der Fall von *plus est in re, quam in existimatione* vorliegt, da nur (s. unten) bei diesem Differenzfall Gültigkeit eintritt. Die Erkenntnisfolge enthält also hier wie sonst den Sachgrund, und dieser ist der nämliche wie in den beiden vorigen Stellen. Es darf schon hier betont werden, dass ein logisches Gefüge, wie es unsere Stelle bietet, vom klassischen Stil entfernt ist.

Endlich in 15 D 29,2: *Is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare*: *nam plus est in opinione, quam in veritate* kann die im zweiten Satz konstatierte Differenz wiederum nur dann als Entscheidungsgrund der im ersten ausgesprochenen Ungültigkeit der repudiatio dienen, wenn vorausgesetzt wird, dass in einem Differenzfall wie der vorliegende ist auch sonst Ungültigkeit stattfindet. Es braucht kaum besonders bemerkt zu werden, dass eine Regel, welche für Differenzfälle wo *plus est in opinione, quam in veritate* Ungültigkeit eintreten lässt, nicht gleichbedeutend ist mit der Prävalenzregel, welche man bisher durch jene Worte ausgedrückt glaubte. Und ferner leuchtet von selbst ein, dass die erstere Regel nicht gleichbedeutend ist mit dem rein declarativen Satz: *Plus est in opinione, quam in veritate*, sondern nur wegen dessen Verwendung als Entscheidungsgrund logischer Weise vorauszusetzen ist. Endlich fällt, wie noch zu zeigen, die erstere Regel mit der aus der causalen Funktion des rein deklarativen Satzes: *Plus est in re, quam existimatione* vorhin ermittelten zusammen. Von diesem Satze ist der vorliegende: *Plus est in opinione, quam in veritate* das conträre Gegenteil. Wenn nun Letzterer zur Begründung der Ungültigkeit und der andere zur Begründung der Gültigkeit verwandt wird, so ist hieraus auf die eine Regel zu schliessen, dass in Differenzfällen Gültigkeit dann und nur dann stattfindet, wenn *plus est in re, quam in existimatione.* Es wird wiederum keiner

weiteren Nachweisung bedürfen, dass diese e i n e Regel durchaus verschieden ist von den beiden einander entgegengesetzten Grundsätzen, welche man in den beiden römischen Sätzen bisher gefunden hat. Jene Regel ist nirgends ausgesprochen und diese beiden Aussprüche sind keine Regeln.

Es erübrigt nun noch den Wert zu bestimmen, welcher der obigen durch Schlussfolgerung entwickelten Regel beizumessen ist. Was dabei die Römer selbst anlangt, so erhellt die geringe Bedeutung, die in ihren Augen der Regel zukam, vor Allen negativ daraus, dass sie dieselbe nirgends ausgesprochen, geschweige denn commentirt, ihren Umfang bestimmt und ihre Ausnahmen festgesetzt haben. Richten wir sodann unsere Aufmerksamkeit auf die Stellen, aus denen die Regel abzuleiten ist, so zeigt sich Folgendes. In 9 § 4 D 22,6, wo nach dem Fall: *Qui ignoravit dominum esse rei venditorem* konstatirt ist: *plus in re est, quam in existimatione mentis,* sollte einfach folgen: *et ideo dominus efficitur.* Allein *et ideo* und *dominus efficitur* sind getrennt durch die Worte: *tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur.* Diese Worte sind nicht eine blosse Wiederholung des Casus, sondern ein geflissentlicher Hinweis auf die wichtigen Momente des Thatbestandes, welcher Hinweis der nachfolgenden Entscheidung *(dominus efficitur)* zur B e g r ü n d u n g dienen soll. Sollten nun beide Begründungen vom nämlichen Verfasser herrühren, so wird ihm die erste in irgend einer Hinsicht nicht genügt haben, was ihm nicht zu verdenken wäre. Näher liegt mir die Vermutung, dass der erste, speculative und latente Grund aus nachpaulinischer Zeit stammt und von da an die Compilatoren gekommen ist.

In 4 § 1 D 40,2 hat der erste Fall: *Quotiens dominus servum manumittat, quamvis existimet alienum esse eum, nihilo minus verum est voluntate domini servum manumissum et* *i d e o* *liber erit* — seinen Entscheidungsgrund und könnte damit als abgethan gelten. Allein nach dem unmittelbar angeschlossenen zweiten Fall: *Et ex contrario si se Stichus non putaret manumittentis esse, nihilo minus libertatem contingere* heisst es: *Plus enim in re est, quam in existimatione et utroque casu verum est Stichum voluntate domini manumissum esse.* Hier werden also wieder (s. das zu 9 § 4 D 22,6 Gesagte) zwei Gründe für die Gültigkeit der Frei-

lassung gegeben. Wer beide schrieb, muss also wieder den ersten, nämlich das *Plus est in re* etc. für nicht genügend deutlich, oder gewichtig gehalten haben. Da aber mit dem zweiten, der sich auch auf den ersten Fall bezieht, nur der schon für diesen gegebene wiederholt wird *(voluntate domini manumissum)*, so entsteht auch hier die Vermutung doppelter Autorschaft in dem Sinn, wie sie eben bei 9 § 4 D 22,6 geäussert worden ist. Hierher gehört auch die Ignorierung der Regel im ersten Fall von 4 p D 40,2, welcher eine Anwendung des ersten von 4 § 1 cit. ist.

Was hiernächst 2 § 15 D 41,4 anlangt, so ist die Art der Begründung, welche auf die Regel führt, schon vorhin (S. 109) qualifiziert worden. Wenn sodann dem zweiten Fall der Stelle: *quod si scias pupillum esse, putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu* als Entscheidungsgrund beigegeben ist: *quia iuris error nulli prodest*: so ergibt dies Folgendes. Einmal war auch im zweiten Fall hinsichtlich der Usucapion *plus in re quam in existimatione* vorhanden, nämlich in Wirklichkeit Veräusserungsunfähigkeit gegeben, die vermeintlich fehlte. Und doch ist mit Bezug auf die zweite Entscheidung nicht: *plus est in re* etc. gesagt worden, weil mit dieser Art von Differenz nur die Gültigkeit zu begründen war, während hier *non capies usu* entschieden ist. Indem aber ferner für diese Entscheidung: *iuris error nulli prodest* als Grund angeführt wird, erfahren wir nicht blos, dass im ersten Fall facti ignorantia vorlag, sondern auch nach dem vorhin Gesagten: dass die in Rede stehende Regel der Gültigkeit (in Differenzfällen bei Mehrgehalt der res) doch nur dann Platz greift, wenn die dabei obwaltende falsa existimatio nicht auf iuris ignorantia beruht. Man sieht, dass diese Schranke weder mit der Thatsache: *Plus est in re* etc., noch mit der aus der causalen Verwendung dieser Thatsache erschlossenen Regel gegeben ist, sondern erst das Resultat einer weiteren Folgerung aus unserer Stelle ist. Endlich ist es bezeichnend für den Wert der Regel, dass in dem auf unseren § 15 unmittelbar folgendem § 16: *si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio,* wo doch auch *plus in re quam in existimatione* im obigen Sinn gegeben und dabei nicht iuris ignorantia im Spiele war, die

Statthaftigkeit der Usucapion doch nicht mit der Berufung auf unseren Differenzfall und damit auf die in Rede stehende Regel begründet, sondern dem jus singulare überwiesen wird. (Voigt, Condictiones S. 211). Wenn man hiernach mit Erwägung des zu 2 § 15 cit. Vorgebrachten die Stelle zuerst in ihrer überlieferten Fassung und dann mit Weglassung der Worte *ut hic plus sit in re, quam in existimatione* liest, so wird man auch hier die Vermutung gelten lassen, dass hier eine zweite, nachpaulinische Hand ein fremdartiges Räsonnement eingemengt habe. Diese Vermutung wird durch den Hinblick auf 2 § 2 eod. verstärkt. Wenn dem Juristen Paulus eine so bestimmte, für Differenzfälle von res und existimatio massgebende Regel zu Gebote gestanden hätte, würde er dann in 2 § 2 zur Begründung der Usucapion in einem Differenzfall erst auf Sabinus verwiesen haben: *qui potius substantiam intuetur, quam opinionem*, der die Wirklichkeit prävalieren lässt, was doch im Verhältnis zu jener Regel höchst unbestimmt ist und ebenso gut paulinische Kritik der sabinianischen Entscheidung, als Angabe des von Sabinus befolgten Motivs derselben sein kann. (S. 65).

Endlich 15 D 29, 2: *Is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare: nam plus est in opinione, quam in veritate* veranlasst folgende den Wert jener Regel kennzeichnende Betrachtungen.

Wenn man den Sachverhalt von 15 D 29,2 mit dem von 9 § 4 D 22,6 und dem von 4 § 1 D 40,2 vergleicht, so möchte man sagen, dass der Parallelismus der Sachverhalte Gleichheit der Entscheidungen erwarten lasse. Denn wenn in 9 § 4 und 4 § 1 die Gültigkeit ausgesprochen ist, da eine vom Handelnden für fehlend gehaltene Voraussetzung der Gültigkeit der Handlung in Wirklichkeit gegeben ist, so möchte man auch von 15 D 29,2 sagen, dass hier eine vom Handelnden für fehlend gehaltene Voraussetzung der Gültigkeit seiner Handlung, nämlich seine Voluntarietät, in Wirklichkeit vorhanden sei, und möchte hiernach entschieden sehen: *repudiare poterit*, begründet mit *nam plus est in re, quam in existimatione.*

Wenn dennoch die Repudiationsmöglichkeit verneint, also die repudiatio für ungültig erklärt wird, so ist dies nur

a) entweder so zu erklären, dass im gegebenen Fall das Verhältnis von opinio und veritas, nach welchem in 9 § 4 und 4 § 1 Gültigkeit stattfindet, in 15 D 29,2 doch nicht vorhanden ist: indem der Handelnde von den in Wirklichkeit vorhandenen Voraussetzungen der Gültigkeit nicht eine als nicht gegeben denkt, sondern noch einen in Wirklichkeit fehlenden Umstand (seine Necessarietät) h i n z u d e n k t, und diese Erklärung liegt vor in der Begründung: *nam plus est in opinione, quam in veritate.* Ich meine man sieht hier deutlich, welchen Schlags die Motivierung und damit die Regel ist. Nachdem nämlich die Entscheidung (aus gewissen Gründen) im verneinenden Sinn getroffen war, konnte sie, wenn auf einen unserer Sätze abgestellt werden sollte, nur so wie vorliegt motiviert werden. So lang aber nicht fest stand, ob Repudiation zulässig oder nicht, konnte vom Sachverhalt ebenso gut gesagt werden, es sei Mehr in der Wirklichkeit, nämlich die Repudiationsmöglichkeit, als es sei Mehr in der Meinung, nämlich das stärkere Erbfolgerecht, d. h. es konnte der Sachverhalt ebenso gut mit: *plus est in re, quam in existimatione,* als mit: *plus est in opinione, quam in veritate* charakterisiert und demnach ebenso gut für: *poterit repudiare,* wie für *non poterit repudiare* entschieden werden. Damit ist aber erwiesen, dass Wer die Entscheidung abgab dabei nicht von der Qualität des Differenzfalles also nicht von der Regel geleitet wurde. Wenn gleichwohl die überlieferte Entscheidung mit *nam plus est in opinione, quam in veritate* motiviert ist, so erklärt sich dies wieder mit der Annahme, dass diese (in 16 D 29,2 fehlende) Motivierung nicht von dem Ulpian herrührt, dessen Namen die Stelle trägt, sondern nachträglich hinzugefügt worden ist;

b) oder, wenn wir von der überlieferten Erklärung absehen und in 15 D 29,2 die Entscheidung von 9 § 4 D 22,6 und 4 § 1 D 40,2 angesichts des S. 112 erwähnten Parallelismus der Sachverhalte vermissen, so kommt die Abweichung d. h. die Entscheidung von 15 cit. daher, dass für den Erbschaftserwerb singuläres Recht gilt, indem hier regelmässig das *plus est in re, quam in existimatione* nicht ausreicht, nämlich die existimatio mit der veritas übereinstimmen muss, weder über sie hinausreichen, noch hinter ihr zurückbleiben darf (S. 67. 68). Gegenüber dieser Ordnung nun versagt die Regel.

Sie versagt aber auch ferner gegenüber den zahlreichen Fällen, namentlich der mehrerwähnten Putativvollmacht, wo *plus est in opinione, quam in veritate,* und doch Gültigkeit des Aktes Platz greift. Denn, wenn es Differenzfälle gibt, wo das Mehr auf Seiten der existimatio vorhanden ist, und doch Gültigkeit eintritt, so müssen dies Ausnahmen von der oben gefundenen Regel sein: dass Gültigkeit nur dann eintrete, wenn das Mehr auf Seiten der Wirklichkeit liegt.

Wenn hiernach die aus der Motivierung mit der einen oder anderen Art der Differenz von opinio und veritas zu erschliessende und nirgends direkt ausgesprochene Regel beträchtlichen Ausnahmen unterliegt, wenn jene Differenzen, obwohl sie sehr häufig in den Quellen vorkommen, doch nur sehr selten in der angegebenen Art konstatiert werden, und wenn endlich in den betreffenden Stellen die Begründung der Entscheidungen mit dem Mehrbetrag von opinio oder von res als unzulänglich oder gar als der Entscheidung erst angepasst erscheint, so ist, wie ich glaube, nur folgende Wahl gegeben. Man kann die Verwendung der hier oft genannten, an sich klaren, aber nicht, wie man bisher annahm, eine Prävalenz aussprechenden beiden Sätze zur Begründung der Entscheidungen als Bestätigung des Vorwurfs ansehen, welcher den römischen Juristen oft gemacht worden ist, dass es nämlich um ihre Motivierungen der von ihnen aufgestellten Sätze mitunter schwach bestellt sei. Man sehe Schulting, Notae I, 7 und übersehe nicht Kierulff, Theorie des gem. Civilrechts S. 186: „An den Entscheidungen der römischen Juristen ist das Beste die Entscheidung selbst. Gründe geben sie meistens nicht an, und wo es geschieht, drücken sie sich oft sehr unklar aus, vergreifen sich auch nicht selten in der Wahl dieser Gründe.“ Selbst Dirksen, Über die Verdienstlichkeit methodischer Sprachforschung u. s. w. 1855, der zur Beseitigung von Stützen jenes Vorwurfs beiträgt, gibt S. 40 zu: „Will man aufrichtig sein, so vermag man nicht die Begründung der erhobenen Anklage zu leugnen, wie entschieden auch immerhin gegen die gewöhnlich dafür herbeigezogenen Beweismittel Verwahrung eingelegt werden mag.“

Meinerseits bin ich nicht geneigt hier einen Stein auf die römischen Juristen zu werfen: mit dem Hinweis auf jene

Schwäche entschlägt man sich der Erklärung und sucht nur diese Unterlassung zu rechtfertigen. Eine Erklärung dagegen bietet die S. 110—113 begründete, vierfach zutreffende, auch durch den byzantinischen Ursprung des *plus valet* etc. in 11 J 2,20 (S. 92 ff.) unterstützte Hypothese. Daher ziehe ich es vor, mich der Vermutung hinzugeben, dass die fraglichen Begründungen — denn nur um diese handelt sichs — nicht von einem Julian, Paulus, Ulpian herrühren, sondern Früchte der Schulweisheit späterer Geschlechter sind, die in den drei Jahrhunderten vor Justinians Umgestaltung der klassischen Litteratur diese schwerlich wird unberührt gelassen haben. In Glossemen des veroneser Gaius kann man Proben erkennen.

Berichtigung.

Seite 73 Zeile 10 v. unten ist zu lesen: Willen und Erklärung statt Willenserklärung.

Die Rechtsrichtung

des

älteren isländischen Rechtes.

Von

Konrad Maurer.

Über die Handhabung der gesetzgebenden Gewalt im isländischen Freistaate stehen uns ziemlich eingehende Quellenangaben zu Gebote; dennoch aber sind einzelne auf dieselbe bezügliche Fragen keineswegs leicht zu erledigen. Eine der wichtigsten und zugleich schwierigsten ist die Frage nach der Rechtsrichtung, und diese gedenke ich hier zu behandeln.

Die gesetzgebende Gewalt lag auf Island während der Dauer des Freistaates in der Hand einer Versammlung, welche an der Landsgemeinde zusammentrat und den Namen der lögrètta trug. Alljährlich einmal versammelte sich die Landsgemeinde (das alþíngi). Vierzehn Tage dauerte die Dingzeit, für welche eben darum die Bezeichnung der beiden Dingwochen (þíngvikur) üblich war[1]; sie begann immer mit einem Donnerstage, und zwar zu der Zeit, aus welcher unsere Rechtsbücher stammen, mit demjenigen Donnerstage, mit welchem die 11. Sommerwoche anfing[2], während das Allding bis zum Jahre 999 schon um eine Woche früher begonnen hatte[3]. An diesem Donnerstage hatten sich demgemäss die sämtlichen regierenden Herren nicht nur, sondern auch die sämtlichen übrigen Dingbesucher noch vor Sonnenuntergang an der Dingstätte einzufinden[4]; der Tag des Dingschlusses (þínglausnadagr[5]), þínglausnardagr)[6]) musste anderer-

[1]) K. 234/175; St. 219/253 & 87/113.

[2]) K. 19/37 & 23/43; Rímbegla, I, cap. 8, § 26, S. 42 & IV, cap. 1, § 4, S. 432; vergl. Ludv. Larsson, Ældsta delen af Cod. 1812, 4to Gml. Kgl. Samling, S. 49.

[3]) Íslendíngabók, 7/10.

[4]) K. 23/43—44.

[5]) K. 117/212.

[6]) Sturlúnga, VII, 69/279.

seits stets auf einen Mittwoch fallen. Da der erste Sommertag frühestens auf den 9. und spätestens auf den 15. April fiel, konnte hiernach die Versammlung seit dem Jahre 999 nicht vor dem 18. und nicht nach dem 24. Juni beginnen, und stimmt hiermit vollständig, dass ein altes Nekrologium zum 18. und 23. Juni den Eintrag „Alþíngi“ hat[1]), und dass Abt Arngrimr in seiner Lebensbeschreibung des Bischofs Gudmundr Arason die Dingzeit in das Ende des Juni und den Anfang des Juli verlegt[2]). Am Alldinge trat aber, wie bereits bemerkt, auch die lögrètta in Wirksamkeit und gibt uns über diese ein eigener Abschnitt unseres älteren Rechtsbuches, der „Lögrèttu þáttr“ nemlich, eingehenden Bericht[3]).

„Wir sollen auch eine lögrètta haben“, so beginnt dieser Abschnitt, „und jeden Sommer hier am Alldinge halten, und sie soll stets an der Stelle sitzen, an welcher sie seit lange her gesessen ist“. Wir wissen, dass diese Stätte, an welcher auch das fünfte Gericht seine Sitzungen zu halten hatte[4]), von der des „lögberg“ oder Gesetzesfelsen getrennt lag, da ja gesagt werden kann, dass der Gesetzsprecher seine Vorträge entweder in der lögrètta oder am lögberg zu halten habe[5]), und dass man bei gewissen Anlässen von der lögrètta aus zum lögberg zu gehen habe[6]). Wir können ferner mit aller Bestimmtheit nachweisen, dass die heutzutage auf Island gezeigte Örtlichkeit unmöglich die richtige sein kann; aber selbst Kr. Kålund's sorgsamer Forschung ist es nicht gelungen, vollkommen befriedigend festzustellen, an welcher Stelle die lögrètta in der freistaatlichen Zeit ihre Sitzungen gehalten hatte[7]). An dem Sitzungsorte war aber für die Unterkunft der Mitglieder (der lögrèttumenn) in folgender Weise gesorgt. Drei Bankreihen (pallar) waren, sei es nun im Kreise oder im Viereck, hinter einander angebracht, auf deren jeder

[1]) Bei Langebek, Scriptores rerum Danicarum, II. S. 511—512.

[2]) Biskupasögur, II. S. 65.

[3]) K. 117/211—17.

[4]) K. 43/77.

[5]) K. 117/216.

[6]) K. 116/209; vgl. Njála, 97/505 & 144/795.

[7]) Vgl. dessen: Bidrag til en historisk-topografisk Beskrivelse af Island, I., S. 119—31. Auf die sonstige Literatur über die Frage habe ich keine Veranlassung, hier einzugehen.

achtundvierzig Männer bequem Platz finden konnten. Auf der Mittelbank hatten die Inhaber der zwölf alten Godorde des Nordlandes Platz zu nehmen, wie sie zu der Zeit bestanden hatten, als das Nordland vier Dingbezirke und in jedem Dingbezirke drei Godorde zählte; ferner aus jedem der drei anderen Landesviertel je neun Goden, nämlich die Inhaber jener alten Godorde, wie sie zu der Zeit bestanden, da jedes dieser drei Viertel drei Dingbezirke mit je drei Godorden enthielt. Da aber alle Landesviertel an der Besetzung der lögrètta gleichen Anteil haben sollten[1]), hatten die Goden jedes dieser letzteren drei Viertel je aus ihrem Dingbezirke noch einen weiteren Mann zu wählen, um mit ihnen die Mittelbank zu besetzen und schrieb man diesen zur Ausgleichung erwählten Ersatzleuten nach einer Stelle, welche aus der uns verlorenen älteren Redaktion der Íslendíngabók geflossen zu sein scheint, ein „forrádsgodord" zu, d. h. ein unter Verwaltung stehendes Godord[2]). Neben diesen 48 Männern sollten aber auch noch der Gesetzsprecher und die beiden Landesbischöfe auf der mittleren Bank sitzen; die innere und die äussere Bankreihe nahmen dagegen die von den Goden aus der Zahl ihrer Dingleute ernannten Beisitzer ein und zwar sass von ihnen je einer vor und hinter dem Goden, der ihn ernannt hatte. Der innere von den Bankreihen umschlossene Raum wurde während der Dauer der Sitzungen der lögrètta freigehalten und durfte nur mit Zustimmung des Gesetzsprechers betreten werden; ausserhalb der äussersten Bankreihe hatte dagegen das übrige Volk seinen Platz. Durch besondere Vorschriften war endlich dafür gesorgt, dass keinem zu einem Sitze berechtigten Manne sein Sitz vorenthalten werde, dass kein Gedräng oder Geschrei die Ruhe der Versammlung störe und dass der Anstand und die Ordnung von deren eigenen Mitgliedern gehörig beobachtet werde[3]).

Nach unserem Rechtsbuche haben nur die Inhaber der Mittelbank „vollen Sitz" (setor til fullz)[4]) oder „solchen Sitz

---

[1]) Vgl. Íslendíngabók, 5/9.

[2]) Hœnsaþóris s., 14/173; vgl. meine Abhandlung: Die Quellenzeugnisse über das erste Landrecht und über die Ordnung der Bezirksverfassung des isländischen Freistaates, S. 82—84.

[3]) K. 117/212; vgl. Njála, 97/504—5.

[4]) K. 117/213 [8].

dass sie über Gesetze und Verwilligungen zu verfügen haben" (lögrètto seto svá at þar scolo ráda logom oc lofom)[1]) also beschliessende Stimme, wogegen die Inhaber der inneren und äusseren Bank von ihren Goden nur dazu ernannt wurden, um ihnen mit ihrem Rate beizustehen (til umráða með sèr)[2]), also nur auf eine beratende Stimme Anspruch hatten; nach der Njála wurde indessen die beschliessende Stimme erst im Jahre 1004 gelegentlich der Errichtung des fünften Gerichtes auf die Inhaber der Mittelbank beschränkt[3]), während bis dahin auch die Inhaber der beiden anderen Bänke an der Beschlussfassung Anteil genommen hatten. Beschliessende Stimme kam natürlich auch dem Gesetzsprecher und den Bischöfen zu, die ja ebenfalls auf der Mittelbank sassen[4]); bezüglich des ersteren ergibt sich diess zu allem Ueberflusse auch noch ganz unzweideutig aus einer unten des Näheren zu besprechenden Stelle[5]), und bezüglich der letzteren aus einer Bestimmung, welche sich auf die Wahl des Gesetzsprechers durch die lögrètta bezieht[6]). Es ist hienach allerdings nicht völlig korrekt, wenn unser Text mehrfach die Inhaber jeder Bank auf 48, nämlich 12 aus jedem Landesviertel angibt, woraus sich die Gesamtzahl der Mitglieder der lögrètta auf 144 berechnen würde; indessen erklärt sich doch die Nichtberücksichtigung des Gesetzsprechers und der beiden Bischöfe samt den von ihnen ernannten Beisitzern sehr einfach aus dem Umstande, dass jene ersteren regelmässig aus der Zahl der regierenden Herren entnommen zu werden pflegten, und somit ohnehin schon ihren Sitz auf der Mittelbank hatten. Die lögrètta versammelte sich von Rechtswegen an den beiden Sonntagen der Dingzeit und deren Schlusstag[7]); ausserdem, wie es scheint, auch am ersten Freitage der Dingzeit, als an welchem Tage der Gesetzsprecher die Dingordnung vorzutragen hatte[8]), und vorkommendenfalls ein neuer Gesetzsprecher zu wählen war[9]).

[1]) K. 117/211 8 u. 9.
[2]) K. 117/212 1, dann 214 9.
[3]) Njála, 97/504.
[4]) K. 117/211 8 u. 10.
[5]) K. 117/215 8—9.
[6]) K. 116/208 20.
[7]) K. 117/212.
[8]) K. 116/208 u. 210; 117/217.
[9]) K. 116/208.

Auch abgesehen von diesen gesetzlich feststehenden Tagen musste sie aber auch noch zusammentreten, so oft der Gesetzsprecher oder die Mehrheit der Leute (meire lutr manna) es verlangte, d. h. doch wohl die Mehrheit ihrer eigenen Mitglieder, oder wenn irgend Jemand deren Räumung forderte (er menn vilja ryđja lögrètto) [1]; letzteres ein Fall, welcher unten noch des Näheren besprochen werden wird.

Die Aufgabe der lögrètta war zunächst die einer gesetzgebenden Versammlung und als solche pflegt man sie denn auch ohne Weiteres zu bezeichnen; indessen muss doch bemerkt werden, dass ihre Thätigkeit mehrfach über diesen Rahmen hinausgriff, ohne dass man sich freilich dieser Grenzüberschreitung recht bewusst geworden zu sein scheint. Darauf zwar lege ich kein Gewicht, dass die sämtlichen Mitglieder der lögrètta sich zu den Rechtsvorträgen einzufinden hatten, deren Haltung dem Gesetzsprecher oblag [2]. Als Zweck ihres Erscheinens bei dieser Gelegenheit wird nämlich bezeichnet „at fylla uppsögo“ d. h. dem Vortrage seine volle Kraft und Bedeutung zu verschaffen; die lögrètta soll also durch ihre Anwesenheit bestätigen, dass das, was der Gesetzsprecher als geltendes Recht vorträgt, auch wirklich geltendes Recht sei und erscheint somit ihre Anwesenheit immerhin noch als ein Ausfluss der ihr anvertrauten gesetzgebenden Gewalt, wenn auch ihr Verhalten dem Vortrage gegenüber zunächst nur ein passives ist und darum den am Erscheinen verhinderten Inhabern der Mittelbank unbedenklich gestattet wird, sich bei dieser Gelegenheit durch ihre beiden beratenden Beisitzer vertreten zu lassen. Aehnlich steht es auch bezüglich so mancher Beschlüsse der gesetzgebenden Versammlung, deren in den Geschichtsquellen gedacht wird, und welche einen mehr oder minder administrativen Charakter zu tragen scheinen. So, wenn einmal von einem Beschlusse gesprochen wird [3], kraft dessen für jeden Kopf auf Island ein Spottvers auf K. Harald Gormsson von Dänemark gedichtet werden sollte, welcher das Land schwer beleidigt hatte;

[1]) K. 117/212.

[2]) K. 117/216.

[3]) Heimskr. Ólafs s. Tryggvasonar, 36/151, & FMS. I. 83/153; vgl. Flbk., I, 152; Jómsvíkinga s., 13/42—43; Knýtlinga s., 3/181—2.

oder wenn ein andermal von einem Beschlusse die Rede ist [1]), durch welchen die Errichtung eines Bisthums mit dem Sitze zu Skálholt genehmigt wurde u. dgl. m. Aber in beiden Fällen brauchen die Quellen für die Beschlussfassung Ausdrücke, welche auf wirkliche Akte der Gesetzgebung hindeuten (þat var í lögum haft [2]); Gizor byscop lèt oc lög leggja á þat [3]), u. dgl. m.) und es wird somit richtiger sein, die betreffenden Beschlüsse unter diesen Gesichtspunkt zu bringen, was ja an und für sich gleichfalls sehr wohl angeht. Anders aber stellt sich die Sache, wenn der lögrètta ein gewisser Einfluss auf die Regelung der Geschäfte am Alldinge eingeräumt wird. Von den Viertelsgerichten wird gesagt [4]), dass ihre Sitzungen an dem Tage beginnen sollen, welchen die „Leute" bestimmen (er menn kveda á), und da hinterher ausgesprochen wird [5]), dass mit den Viertelsgerichten gleichzeitig auch das fünfte Gericht seine Sitzungen zu beginnen habe, wenn nicht die Mitglieder der lögrètta ein Anderes bestimmen (nema lögrètto menn verþi á annat sáttir) so ist klar, dass auch an jener ersteren Stelle nur diese gemeint sein können; der Beschluss, zu dessen Gültigkeit Einstimmigkeit erforderlich gewesen zu sein scheint, lässt sich aber unter den Begriff der Gesetzgebung nicht mehr bringen. Ebensowenig lässt sich die administrative Natur der von der lögrètta zu fassenden Beschlüsse in einigen anderen Fällen verkennen, welche freilich in unseren Quellen nur angedeutet, nicht ausdrücklich besprochen werden. Ich will nur daran erinnern, dass einerseits bestimmte Arme von einem einzelnen Landesviertel oder auch von dem ganzen Lande ernährt werden mussten [6]) und dass andererseits den Landesvierteln sowohl als dem ganzen Lande bestimmte Einkünfte, zumal aus der Handhabung der Strafrechtspflege zugingen, deren Betrag wenigstens

[1]) Íslendíngabók, 10/16 und Sturlúnga, VII, 14/204; Kristni s, 13/28; Jóns bps. s., 6/158; vgl. Hungrvaka, 5/67.

[2]) Heimskr. ang. O.

[3]) Íslendíngabók ang. O.

[4]) K. 28/52.

[5]) K. 43/77.

[6]) Vgl. Vilh. Finsen, in den Annaler for nordisk Oldkyndighed og Historie, 1850, S. 176—78 und 184—86, sowie meine Schrift: Island von seiner ersten Entdeckung bis zum Untergang des Freistaates, S. 284—85 und 288—89.

teilweise zur Bestreitung jener Alimentationslasten zu verwenden war; Beschlüsse der lögrètta im Ganzen, oder auch ihrer einzelnen, den einzelnen Landesvierteln entsprechenden Abteilungen mussten somit oft genug nötig werden, um die Verwendung dieser Gelder zur Tragung jener Lasten von Fall zu Fall zu regeln, Beschlüsse, welche mit der Gesetzgebung als solcher nichts zu thun hatten. Noch klarer liegt endlich folgender Fall. Auch die Wahl des Gesetzsprechers war der lögrètta übertragen. War die dreijährige Amtsperiode eines solchen abgelaufen, so war er berechtigt, sein Amt niederzulegen; zeigte er sich jedoch geneigt, dasselbe noch weiterzuführen, so genügte ein Mehrheitsbeschluss der lögrètta, um ihn in demselben zu bestätigen [1]. Wurde dagegen eine Neuwahl nötig, so erforderte diese Einstimmigkeit innerhalb der lögrètta; war diese nicht zu erzielen möglich, so wurde zunächst durch das Los das Landesviertel bestimmt, welchem die Bezeichnung des Gesetzsprechers zukommen sollte, und hatten die diesem Landesviertel angehörigen lögrèttumenn diesen zu bestimmen, gleichviel ob sie ihn ihrem eigenen oder einem anderen Landesviertel entnahmen. Auch unter ihnen war dabei womöglich Einstimmigkeit zu erzielen; eventuell entschied jedoch unter ihnen die Stimmenmehrheit und bei gleicher Stimmenzahl hatte der Bischof den Stichentscheid, dessen Diözese das betreffende Landesviertel angehörte. Obwohl materiell entscheidend, galt indessen der Beschluss der betreffenden Viertelsleute doch formell noch nicht als genügend; vielmehr hatte noch eine zweite Wahlhandlung der gesamten lögrètta nachzufolgen, für welche freilich jener vorgängige Beschluss schlechthin bindend war [2]. Unter Umständen konnte ferner der Gesetzsprecher wegen Missverhaltens im Amte auch noch vor dem Ablauf seiner Amtsperiode abgesetzt werden, z. B. wenn er nicht rechtzeitig zur Stelle war, um den ihm obliegenden Vortrag der Dingordnung zu halten [3], und scheint auch in derartigen Fällen die Entscheidung der lögrètta zugestanden zu haben. Derartige Beschlüsse dieser Versammlung sind selbstverständlich schlechterdings nicht als legislative zu betrachten; es erklärt sich aber leicht, wie die

---

[1] K. 116/210.
[2] K. 116/208—9.
[3] K. 116/210; vgl. 117/217.

lögrètta auch zu ihnen berufen werden konnte. Es fehlte dem isländischen Freistaate eben jedes administrative Zentralorgan und infolge dessen mussten alle sich etwa ergebenden Fragen der zentralen Verwaltung entweder der lögrètta oder dem Gesetzsprecher zur Erledigung zugewiesen werden, welch letzterer z. B. den Ort zu bestimmen hatte, an welchem die einzelnen Viertelsgerichte sitzen sollten [1]; konnte man sich hiezu nicht entschliessen, so blieb in der That nichts anderes übrig, als dass man, wie dies z. B. bei den Bischofswahlen der Fall war, den einzelnen Häuptlingen, welche im gegebenen Falle gerade in erster Linie beteiligt erschienen, überliess, in völlig ungeordneter Weise die einzelnen Fragen zu erledigen. Immerhin aber ist jene administrative Thätigkeit der lögrètta nur eine ganz nebensächliche und so zu sagen nur ein Auswuchs ihres legislativen Berufes; nur dieser letztere wird denn auch an der Stelle ins Auge gefasst, welche sich recht eigentlich mit der Feststellung der Aufgabe dieser Versammlung beschäftigt und nur er hat auch für die gegenwärtige Untersuchung unmittelbare Bedeutung. Auf die Erörterung jener massgebenden Stelle ist aber nunmehr sofort überzugehen.

Nachdem in der oben bereits besprochenen Weise die Zeiten besprochen worden waren, in welchen die lögrètta ihre Sitzungen zu halten hatte, fährt unser Rechtsbuch mit den Worten fort [2]: „þar scolo menn rètta lög sín, oc gera nýmæli ef vilja, þar scal beida monnom sycno leyfa allra, oc sátta leyfa þeirra allra er eincalofs scal at beida, oc margra lofa annara, svá sem tínt er í logom“. Es wird demnach hier ganz unzweideutig zwischen zweierlei Beschlüssen der gesetzgebenden Versammlung unterschieden, nämlich zwischen der Beschlussfassung über allgemeine Rechtsregeln (dem „rètta lög sín ok gera nýmæli“) und zwischen der Verwilligung von Privilegien und Dispensationen (dem „beida sýknoleyfa, sáttaleyfa ok annara lofa“); eine Unterscheidung, welche vollkommen dem sonstigen Sprachgebrauch der Quellen entspricht, indem diese auch anderwärts wiederholt der lögrètta die Aufgabe zuweisen „at ráda

[1]) K. 24/45.
[2]) K. 117/212; vgl. oben, S. 122, Anm. 7, u. S. 123, Anm. 1.

lögum ok lofum[1])", „ràda fyrir lofum ok lögum[2])" oder „köra lög eda lof[3])", dann „fylla lög ok lof"[4]).

Zu der zweiten Art von Beschlüssen werden dabei gerechnet die Verwilligungen von Strafnachlässen (syknoleyfi), durch welche einem zur Acht (skóggángr) oder zur Landesverweisung (fjörbaugsgardr) Verurteilten der Aufenthalt im Lande und der Genuss des Landfriedens, oder doch eine Milderung der über ihn verhängten Strafe verwilligt wird; ferners die Erlaubnis zur Eingehung eines Vergleiches in Fällen, in welchen diese der Zustimmung der lögrètta bedurfte (sáttaleyfi); ausserdem aber auch die Bewilligung mancher anderer Gnaden und Privilegien, welche das Recht von der besonderen Zustimmung der lögrètta (lof, einkalof, einkaleyfi) abhängig stellte. So bedurfte z. B. der Gode einer besonderen Erlaubnis dieser letzteren zur Annahme eines Dingmannes, der in einem anderen Landesviertel wohnte als in demjenigen, welchem sein Godord angehörte[5]), sowie zur Ernennung eines fremden Dingmannes als Richter[6]). Eine ebensolche Ermächtigung war nötig zur Verlängerung oder Verkürzung der Versammlungszeit eines Frühlingsdinges über die gesetzliche Grenze hinaus[7]), dann zur Spaltung eines Dingverbandes oder umgekehrt zur Bildung eines neuen Dingverbandes aus zwei bisher selbständigen Dingverbänden[8]); ferner zu Veränderungen in Bezug auf die Haltung eines Herbstdinges, wenn dabei von den gesetzlichen Vorschriften abgegangen werden wollte[9]), sowie zur Bildung oder zum Fortbestande einer Gemeinde (hreppr), welche aus einer geringeren Zahl von Bauern als der gesetzlich vorgeschriebenen bestand[10]). Einer besonderen Erlaubnis der lögrètta bedurfte ferner der Besitzer von Schafen, welcher als Marke für diese anstatt eines in die Ohren einzuschnei-

---

[1]) K. 117/211.
[2]) Njála, 97/504.
[3]) K. 117/212.
[4]) K. 117/213.
[5]) K. 83/141; St. 246/278.
[6]) K. 20/38.
[7]) K. 56/96.
[8]) K. 59/108.
[9]) K. 61/111.
[10]) K. 234/171; St. 217/249.

denden Zeichens das völlige Abschneiden der Ohren benützen wollte[1]; letzteres, beiläufig bemerkt, eine sehr begreifliche Vorschrift, da ja mit dieser Marke leicht der bedenklichste Missbrauch getrieben werden konnte. Die Stiftung ferner von Gut zu einer Kirche bedurfte jedenfalls dann, wenn sie nicht unter Zustimmung des Bischofs und der geborenen Erben des Stifters erfolgte, der Genehmigung der lögrètta[2]) und mag es damit zusammenhängen, dass das Christenrecht die über die kirchlichen Stiftungen aufgenommenen Urkunden (kirkjumáldagar) grundsätzlich am lögberg oder in der lögrètta bekannt zu geben vorschreibt[3]). Endlich scheint der lögrètta auch in Ehesachen eine ähnliche Kompetenz zugekommen zu sein, da einerseits anlässlich des Kaufens einer Sklavin, um sie als Kebsweib zu behalten, einer besonderen Ermächtigung gedacht wird, welche doch nur von jener Stelle aus erteilt werden konnte[4]), und andererseits die wegen einer Heirat in relativ verbotenen Verwandtschaftsgraden zu erlegenden Strafgelder wenigstens gutenteils der lögrètta zufielen[5]). Selbstverständlich sind übrigens diese in unseren Rechtsbüchern erwähnten Fälle von Verwilligungen nicht als die einzig möglichen, sondern nur als solche anzusehen, welche häufig vorkamen und ebendarum gelegentlich besprochen wurden, ohne dass darum andere Fälle als ausgeschlossen betrachtet werden wollten.

Nach den obigen Bestimmungen über die Competenz der lögrètta geht unsere Stelle sofort zur Besprechung des Verfahrens über, welches bei den Verhandlungen und der Beschlussfassung in derselben einzuhalten war, und zwar behandelt sie zunächst das bei der Verwilligung von Gnaden eingehaltene Verfahren[6]). Als bewilligt soll hienach ein Gesuch nur dann

[1]) K. 225/160; St. 199/236 und 427/483.

[2]) K. 268/218; St. 48/58 und 73/98; vgl. St. 79/101.

[3]) K. 4/15; St. 13/17; vgl. Diplom. island., I. 97/372; 99/395; 124/496; auch 44/248. Vgl. G. Cederschiöld, Studier öfver Isländska Kyrkomåldagar från Fristatstiden, S. 7 und 22—27; auf einzelne Differenzpunkte kann hier nicht eingegangen werden.

[4]) K. 112/192; St. 161/190.

[5]) Vgl. meine Abhandlung: Ueber den Hauptzehnt einiger nordgermanischer Rechte, S. 8—11.

[6]) K. 117/212—13.

gelten, wenn erstens kein Mitglied der lögrètta sich gegen dasselbe erklärt, und wenn zweitens auch ausserhalb derselben niemand gegen dessen Genehmigung Protest (lýrittr) erhebt; letzteres eine Bestimmung, welche anderwärts noch speziell in Bezug auf die Begnadigung von Aechtern und Landesverwiesenen wiederholt wird[1], und welche doch wohl nicht allen und jeden Anwesenden das Recht des unbedingten Einspruches zugestehen will, sondern nur denjenigen, welche vermöge ihrer Beteiligung an dem einzelnen Falle zu einer solchen berufen erscheinen konnten, also z. B. den Verwandten des Erschlagenen, wenn es sich um die Begnadigung eines Totschlägers handelte, oder dem geborenen Erben des Vergabenden, wenn eine Vergabung zu frommen Zwecken in Frage stand. Weiterhin wird dann noch bestimmt, dass die Mitglieder der lögrètta bezüglich jedes Gesuches bei Strafe sich für oder gegen dessen Bewilligung auszusprechen haben und wird für den Fall, dass die Mittelbank zu der Zeit nicht vollständig besetzt ist, in welcher eine Verwilligung erbeten wird, dem Gesetzsprecher die Befugnis eingeräumt, anstatt der fehlenden, Mitglieder aus der Zahl der beratenden Beisitzer auf die Mittelbank zu berufen, welche dann insolange auf dieser Sitz und Stimme haben, bis sich derjenige wieder einfindet, welchem eigentlich der Sitz auf derselben gebührt. Dabei ist nicht zu übersehen, dass der Gesetzsprecher, welcher von der ihm eingeräumten Befugnis Gebrauch machen will, förmlich zu konstatieren hat, dass die von ihm ernannten Ersatzleute von ihm rechtmässig dazu berufen worden seien „at fylla lög ok lof" d. h. um Gesetze und Bewilligungen durch ihre Stimme giltig zu machen.

Auf diese Auseinandersetzung folgt aber sofort eine andere, welche sich augenscheinlich nicht mehr auf die Verwilligung von Gnaden, sondern auf die Feststellung von Rechtsregeln bezieht[2]. Sie beginnt mit den Worten: „so ist auch bestimmt, dass als Gesetz im Lande gelten soll, was in Handschriften verzeichnet ist" (sem á skrám standa) und schreibt sodann vor, wie es zu halten sei, wenn die Handschriften auseinandergehen. Dabei wird zwischen zwei Fällen unterschieden, indem entweder ver-

[1] K. 55/95—6.
[2] K. 117/213—16.

schiedene Handschriften ein und desselben Gesetzes sich widersprechen können, oder aber ein Widerspruch unter Rechtsvorschriften vorliegen mag, welche aus verschiedener Zeit stammen [1]). Für den ersteren Fall wird bestimmt, dass die im Besitze der Bischöfe befindlichen Handschriften allen anderen vorgehen sollen, und dass im Fall ihres Auseinandergehens zunächst diejenige von ihnen den Vorrang haben solle, welche sich über den streitigen Punkt näher ausspreche, während bei gleicher Ausführlichkeit beider die Handschrift von Skálholt der von Hólar vorzugehen habe. Für den zweiten Fall dagegen wird vorgeschrieben, dass zunächst diejenige Aufzeichnung vorzugehen habe, welche Hafliđi anfertigen liess, also die Originalhandschrift der Hafliđaskrá aus den Jahren 1117—18, soweit nicht, durch spätere Gesetze natürlich, hinterher etwas an ihrem Inhalte verändert worden sei, wogegen von den Ausführungen anderer Rechtskundiger (af annara lögmanna fyrirsögn) nur das benützt werden dürfe, was mit jener nicht in Widerspruch stehe, vielmehr sie nur erläutere und ergänze. Nach diesen Aussprüchen wird sodann mit den Worten fortgefahren: „Streiten nun aber die Leute über eine Rechtsfrage (um lögmál), so mag man deshalb die gesetzgebende Versammlung räumen lassen (ryđja lögrètto til), soferne die Handschriften keine Entscheidung bringen“, und wird sofort zur Schilderung des Verfahrens übergegangen, welches solchenfalls einzuhalten ist. Am lögberg ist eine feierliche Aufforderung an den Gesetzsprecher und an die sämtlichen Goden zu erlassen, sich in die lögrètta zu begeben und hier ihre Sitze einzunehmen, um daselbst die Rechtsfrage so zu erledigen, wie es fortan bezüglich derselben gehalten werden solle (at greiđa lögmál þetta, svá sem hèđan frá skal vera). Wird dieser Aufforderung entsprochen, so sollen die Parteien, welche über die Rechtsfrage streiten, ihre Streitfrage vortragen; die Mitglieder der lögrètta aber sollen sich dieselbe überlegen, bis jedes einzelne von ihnen darüber schlüssig geworden ist, und sollen dann alle einzelnen Mitglieder der Mittelbank einzeln darüber befragt werden, was jedes von ihnen in der Sache als Recht wolle gelten lassen (hvat hverr þeirra vill lög um þat mál). Jeder einzelne Gode soll darauf-

[1]) Vgl. meinen Artikel „Grágás“, S. 29—30, in welchem auch die ältere Literatur besprochen wird.

hin angeben, was er glaubt als Recht ansehen zu sollen (hvat lögin mun kalla), und für welche von beiden Parteien er sich erkläre; die Stimmenmehrheit aber soll unter ihnen entscheiden und bei Stimmengleichheit der Gesetzsprecher den Stichentscheid haben. Beide Parteien sollen dabei einen „vèfángseid“ schwören, d. h. einen Eid, wie er bei der Gerichtsspaltung üblich war und eidlich beteuern, dass sie wirklich das für Recht halten, was sie dafür ausgeben (at þeir hyggja þat vera lög um þat mál, sem þeir fylgja at), wobei sie zugleich die Gründe dieser ihrer Meinung anzugeben haben; doch kann dieser Eid nur dann gefordert werden, wenn die Minderheit mindestens zwölf Köpfe stark ist, und haben zwar nicht alle Mitglieder der Mehrheit zu schwören, aber doch ein Mann mehr als die Minderheit beträgt, oder zwei Männer mehr, wenn der Gesetzsprecher selbst der Minderheit angehört. Den von der Mehrheit gefassten Beschluss hat sofort einer aus deren Mitte vor beigezogenen Zeugen vorzutragen, und haben alle, also auch die Mitglieder der Minderheit, zu demselben ihre Zustimmung zu erklären (gjalda samkvædi á); dann folgt noch eine Verkündigung desselben am lögberg (síđan skal uppsegja at lögbergi). Besondere Bestimmungen bedrohen übrigens jedes Mitglied der lögrètta mit Strafe, welches auf die ergangene Aufforderung hin seinen Sitz in dieser nicht einnimmt[1]); andere regeln das Verfahren, welches einzuhalten ist, wenn ein solches Mitglied stirbt, oder krank oder verwundet in seiner Bude liegt und dabei allenfalls auch bewusstlos oder doch unfähig ist zu sprechen[2]); wieder andere treffen endlich Fürsorge für den Fall, dass einzelne Mitglieder der lögrètta sich bei der Abstimmung für keinen von beiden Teilen erklären, oder sonst ihren Verpflichtungen nicht genügen und handelt es sich dabei nicht nur um deren Bestrafung, sondern auch um Recht und Pflicht des Gesetzsprechers anstatt der Ungehorsamen Ersatzleute auf die Mittelbank zu berufen, und zwar ohne dass er dabei an die ernannten Beisitzer der Letzteren gebunden wäre[3]). Auf alle diese Bestimmungen braucht hier nicht weiter eingegangen zu werden, da sie in keiner Weise prinzipieller Natur sind; um so

[1]) K. 117/214 [1 – 7].
[2]) K. 117/214 [23] — 215 [3].
[3]) K. 117/215 [14] — 216 [1].

nötiger aber ist eine eingehende Erwägung der Frage, auf welche Art von Beschlüssen der lögrètta diese ganze Reihe von Vorschriften sich beziehe, da gerade über diese Frage sehr verschiedene Ansichten aufgestellt worden sind.

Schon Dahlmann hatte sich dahin ausgesprochen [1]), dass unsere Vorschriften nur den Fall im Auge haben, „wenn über den Sinn einer Gesetzesstelle gestritten wird" wogegen die volle Einstimmigkeit in der lögrètta erforderlich sei, „wenn es eine Veränderung in der Gesetzgebung oder eine Gnadensache gilt". Dagegen erklärte sich Vilh. Finsen in seiner vortrefflichen Arbeit über das isländische Familienrecht für die andere Annahme [2]), dass vielmehr das bei der Entscheidung streitiger Rechtsfragen einzuhaltende Verfahren auch bei der Erlassung neuer Gesetze zu beobachten gewesen sei, ohne dass jedoch von der einen oder anderen Seite die Gründe für die verteidigten Ansichten eingehend dargelegt worden wären. Auch ich hatte mich anfangs ohne weitere Motivirung der letzteren Ansicht angeschlossen [3]); später aber führte mich eine eingehendere Beschäftigung mit der Frage zu Dahlmann's Auffassung hinüber, die ich nur in einzelnen Punkten ergänzte und weiter ausbildete [4]). Ich ging dabei von der Annahme aus, dass unsere Stelle der Verwilligung von Gnaden und Privilegien eine doppelte Art der Beschlussfassung über Rechtsregeln gegenüber stelle, nämlich einmal das „gera nýmæli", d. h. Erlassen neuer Beliebungen und sodann das „rètta lög sín", d. h. die Feststellung des geltenden Rechtes, soweit dasselbe streitig geworden war, wobei ich indessen, anders als Dahlmann, unter der letzteren nicht nur die authentische Interpretation einer verschieden ausgelegten Gesetzesstelle, sondern auch die Feststellung gewohnheitsrechtlicher Sätze verstand, deren Existenz oder Inhalt bestritten war. Im Anschlusse an den Wortlaut unserer Stelle glaubte ich ferner deren Vorschriften nur einerseits auf die Verwilligung von Gnaden und andererseits auf die „Richtung des Rechts", d. h. dessen Feststellung entstandenen Zweifeln gegenüber beziehen zu sollen,

[1]) Geschichte von Dännemark, II. S. 190—92. (1841.)

[2]) Annaler for nordisk Oldkyndighed og Historie, 1849, S. 160—63.

[3]) Die Entstehung des isländischen Staates und seiner Verfassung S. 208—9. (1852.)

[4]) Grágás, S. 32—33 (1864); Island, S. 172—73 (1874).

hinsichtlich der Erlassung von Gesetzen aber, bezüglich deren unser Text keine ausdrückliche Entscheidung gibt, annehmen zu müssen, dass für sie die gleiche Regel gegolten habe, wie für die Verwilligung von Privilegien, und dass somit für das Zustandekommen neuer Gesetze Einstimmigkeit der lögrètta erforderlich gewesen sei, nicht die blosse Stimmenmehrheit genügt habe. Meiner Ausführung gegenüber hat sodann Finsen in seinem Aufsatze über die isländischen Gesetze in der Zeit des Freistaates seine früher schon ausgesprochene gegenteilige Anschauung eingehend begründet[1]), und dieselbe auch später noch in seinem Glossare zur Grágás festgehalten[2]). Die schwerwiegende Autorität meines hochverehrten isländischen Freundes hat mich zu wiederholter, ernstlicher Erwägung der Frage getrieben; die Gründe aber, welche mich trotz seiner scharfsinnigen Einwendungen zum Verbleiben bei meiner obigen Auffassung bestimmen, mögen in Folgendem dargelegt werden.

Ich bin nun zunächst darüber mit Finsen einig[3]), dass bei der Entscheidung unserer Frage die Angaben der Njála ganz ausser Betracht zu lassen seien. Diese Sage lässt den Njáll gelegentlich der von ihm beantragten Errichtung des fünften Gerichtes auch eine Umgestaltung der lögrètta vorschlagen, und zwar wird dabei von ihm die Beschränkung der entscheidenden Stimme auf die Inhaber der Mittelbank, die Besetzung dieser Bank durch Wahl, die Entscheidung nach Stimmenmehrheit über das „hvat þeir vilja lofa eda í lög leiða“ endlich eine Vorschrift über den Protest ins Auge gefasst, welchen ein widerrechtlich am Eintritt in die Versammlung Verhinderter gegen deren Beschlussfassung einzulegen hat; alle diese Anträge sollen aber sofort angenommen und zum Gesetz erhoben worden sein[4]). Nun ist klar, dass zwar die Beschränkung der beschliessenden Stimme auf die Inhaber der Mittelbank ganz wohl im Jahre 1004 eingeführt worden sein mochte, dass aber die Besetzung dieser Bank durch Wahl damals höchstens versucht, aber keinenfalls durchgesetzt worden sein konnte, und nicht minder ist gewiss, dass der Grund-

[1]) Aarbøger for nordisk Oldkyndighed og Historie, 1873, S. 150—73.

[2]) Ordregister, S. 648 (1883).

[3]) Aarbøger, S. 157—58. Anm. 2.

[4]) Njála, 97/504—5.

satz der Abstimmung nach Stimmenmehrheit damals unmöglich für alle und jede Beschlüsse der lögrètta eingeführt worden sein konnte, da ja unser Rechtsbuch ihn für einen Teil derselben, nämlich für die Gnadenbewilligungen ausdrücklich ausschliesst. Ist aber der Bericht der Njála in diesen beiden Beziehungen entschieden falsch, so wird man ihm auch auf die Entscheidung unserer Frage keinen Einfluss einräumen dürfen, zumal da wir in dieser Sage auch sonst gar mancherlei Verstössen begegnen, welche sich lediglich auf eine irrige Auslegung von Rechtsbüchern zurückführen lassen, die mit den uns erhaltenen ganz gleicher Art gewesen sein müssen [1]. Sind wir aber hiernach ausschliesslich auf die Angaben unseres Rechtsbuches verwiesen, so glaube ich zunächst daran festhalten zu sollen, dass die hier einschlägige Stelle desselben nur Bestimmungen einerseits über das Verfahren in Gnadensachen und andererseits über das Verfahren bei der Feststellung bestrittenen Rechtes gibt, dagegen keine Bestimmungen über das Verfahren beim Erlassen neuer Gesetze. Soweit auf Rechtshandschriften als die Quelle der Entscheidung hingewiesen wird, ist ohnehin klar, dass es sich nur um die Lösung von Zweifeln über das geltende Recht handeln kann, nicht um die Einführung neuer Willküren; dass aber genau dasselbe auch für den anderen Fall gilt, da die Handschriften keine Entscheidung bringen (ef eigi skera skrár ór), ergibt sich nicht nur aus dem Parallelismus dieses Falles mit dem nächstvorhergehenden, sondern auch aus der ganzen Darstellung unserer Quelle. Sie setzt voraus, dass „menn þræta um lögmál“, dass also zwei Parteien über eine Rechtsfrage streiten; da überdies die Handschriften selbst den Streit nicht zu entscheiden vermögen, kann es sich somit nur entweder um die bestrittene Interpretation einer handschriftlich feststehenden Gesetzesvorschrift handeln, oder um eine Lücke im geschriebenen Rechte, welche in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung zum Zurückgreifen auf die Analogie oder auf das Gewohnheitsrecht zwingt. Ganz wie die unmittelbar vorhergehenden Vorschriften über das Verfahren, welches bei Widersprüchen unter verschiedenen Rechtsaufzeichnungen einzuhalten

[1]) Vgl. Karl Lehmann & Hans Schnorr von Carolsfeld, die Njálssage, insbesondere in ihren juristischen Bestandteilen (1883).

ist, behandeln demnach auch die folgenden Bestimmungen nur die Frage, wie ein Streit über das geltende Recht zur Entscheidung zu bringen ist, nicht aber die andere, wie eine Veränderung oder Vermehrung des geltenden Rechts durch neue Satzungen zu Stande zu kommen hat; hier wie dort haben wir an einen Rechtsstreit unter bestimmten Parteien (þeir menn er þar eiguz mál við) zu denken[1]), wobei die lögrètta festzustellen hat, wie das geltende Recht laute. Wenn also gesagt wird, dass jeder einzelne Gode zu fragen sei, „hvat hverr þeirra vill lög um þat mál", so darf dies nicht dahin verstanden werden, als ob der Wille des Einzelnen in Frage gekommen wäre, das Recht so oder anders zu gestalten; da jeder vielmehr lediglich auszusprechen hat, „hvat lögin mun' kalla"[2]), d. h. was er Recht nennt, also für geltendes Recht halten zu sollen glaubt, und da auch in dem abzuleistenden vèfángseiðe jede Partei zu beschwören hat „at þeir hyggja þat vera lög um þat mál, sem þeir fylgja at", wobei die Gründe anzugeben sind „af hví þat sè lög", so ist klar, dass es sich nicht darum handelt zu erfahren, was die Abstimmenden für die Zukunft als Recht setzen wollen, sondern nur darum, festzustellen, was sie als gegenwärtig geltendes Recht betrachten zu müssen glauben. Ich finde demnach, anders als Finsen[3]), an unserer Stelle die Feststellung des bestrittenen Rechtes als eine besondere Art der Gesetzgebung behandelt, und von der Erlassung neuer Satzungen sehr bestimmt unterschieden, ohne dass irgendwie angedeutet würde, dass das bei der ersteren eingehaltene Verfahren auch bei der letzteren zur Anordnung zu bringen sei; ich kann aber überdies auch nicht zugeben, dass eine derartige Unterscheidung beider Arten der Gesetzgebung eine irgendwie unnatürliche sei. Auch wir unterscheiden noch in manchen wichtigen Beziehungen die authentische Interpretation von der Erlassung neuer Gesetze, und für die Feststellung von Gewohnheitsrecht gab und gibt es ebenfalls manchen Ortes eigene legale Formen, bezüglich deren es genügen mag, beispielsweise auf die französische „enquête par turbes" oder den englischen Beweis von Gewohnheitsrechten durch eine Jury von 12 Männern

[1]) K. 117/214 [10].
[2]) K. 117/214 [16]; vgl. „er sitt kalla lög hvarir vera", 214 [18].
[3]) Aarbøger, S. 160—63.

zu verweisen. Dem gegenüber gebe ich zu, dass es zweifelhafter erscheinen mag, ob beide Arten der Gesetzgebung in der isländischen Rechtssprache auch ihre gesonderte technische Bezeichnung gefunden haben, obwohl ich auch diess allerdings für wahrscheinlich halte. Ich erkenne also an, dass die Worte „rètta lög sín ok gera nýmæli, ef vilja" nicht notwendig auf zwei verschiedene Arten der Gesetzgebung bezogen werden müssen, dass sie vielmehr an und für sich auch als gleichbedeutende und pleonastisch gebrauchte angesehen werden könnten; aber ganz abgesehen davon, dass Pleonasmen in der sonst sehr koncisen Sprache der isländischen Rechtsquellen nicht gerade zu vermuten sind, scheint mir im gegebenen Falle doch der Umstand für die erstere Deutung zu sprechen, dass nach dem weiteren Verlaufe der Stelle die Feststellung des geltenden Rechts sehr entschieden als etwas Besonderes und von der Setzung neuen Rechtes Unterschiedenes behandelt wird, — dass ferner der Beisatz „ef vilja" sich augenscheinlich nur auf die letztere, nicht aber auch auf die erstere beziehen kann, soferne ja die Feststellung des geltenden Rechtes auf Begehren der Streitteile erfolgen musste, also dem Wollen oder Nichtwollen der Mitglieder der gesetzgebenden Versammlung gänzlich entrückt war, — dass endlich die Bezeichnung nýmæli, d. h. neue Satzung, schon aus sprachlichen Gründen für die Feststellung des geltenden Rechts wenig zu passen scheint, während überdies die unten noch zu besprechende beschränkte Dauer der nýmæli auf die Ergebnisse jener ersteren kaum anwendbar gewesen sein dürfte. Ich gestehe ferner zu, dass der Ausdruck „at rètta lög sín" ein ἅπαξ λεγόμενον ist, und dass dessen Deutung schon aus diesem Grunde für unsere Frage keine sichere Entscheidung bringen kann. So gut man von einem „rètta mál manns"[1]) oder „rètta hluta manns"[2]) sprechen und darunter das Verschaffen von Ersatz und Genugthuung für ein erlittenes Unrecht verstehen konnte, oder von einem „rètta rán"[3]) als von dem Gutmachen eines Raubes, indem das Geraubte dem Räuber wieder abgenommen wurde, könnte allerdings auch das „rètta lög" auf eine Verbesserung der Gesetze durch neue Be-

[1]) Vatnsdæla, 20/33; Ólafs s. Tryggvasonar, 83/153 (FMS. I.)
[2]) Eyrbyggja, 61/111.
[3]) Stjórn, S. 490.

liebungen ebensowohl als durch Feststellung des geltenden Rechts bezogen werden; aber doch liegt es näher, sich an den streng technischen Begriff des Wortes zu halten, wie er, was auch Finsen nicht unbemerkt gelassen hat, in mehrfachen Redewendungen des juristischen Sprachgebrauches zutage tritt. Der Ausdruck „rètta vætti“[1]) oder „rètta kviđ“[2]), dann der in Bezug auf das Zeugnis gebrauchte Ausdruck „rètting[3])“, bezeichnet nicht das Schöpfen eines Zeugnisses oder Wahrspruches, sondern das Formulieren oder Feststellen eines solchen, also genau dasselbe, was anderwärts als „fella saman orđ sín, at þeir væri allir á eitt sáttir“ bezeichnet wird[4]), wie denn auch die Njála einmal die Geschworenen sprechen lässt[5]): „höfu vèr nú allir eida unnit, ok rèttan kviđ várn, ok ordit á eitt sáttir“; nach der Analogie solcher Anwendungen des Wortes liegt es aber ungleich näher, das „rètta lög“ nur auf die Feststellung des geltenden, als zugleich auch auf die Erzeugung neuen Rechtes zu beziehen. Auch aus dem Namen der lögrètta wird man nichts anderes schliessen dürfen. Allerdings braucht eine einzelne Stelle das Wort einmal im Sinne von „rèttarbót“, also für eine Verbesserung des Rechts durch eine neue Satzung[6]); aber diese Stelle gehört einer norwegischen, nicht einer isländischen Quelle an, und steht überdies ganz vereinzelt, so dass dieser nach der Etymologie des Wortes ganz zulässige und erklärliche Gebrauch desselben als ein durchaus ungewöhnlicher bezeichnet werden muss. Ganz ebensowenig darf man aber auch daraus, dass auf Island die gesetzgebende Versammlung als lögrètta bezeichnet wurde, sofort den Schluss ziehen, dass „rètta lög“ soviel als Gesetze geben bedeute, also die Erlassung neuer Gesetze ebensowohl als die Feststellung des geltenden Rechts in sich begreife. Die Bezeichnung ist ja nachweisbar von Norwegen aus nach Island hinübergekommen, wo wir nicht nur im gemeinen Landrechte aus der Zahl der zum Dingbesuche ernannten Leute am lögþíng

[1]) K. 32/58—59; 59/107; 252/202; St. 292/330—31.
[2]) K. 36/67.
[3]) K. 32/57.
[4]) K. 35/63—64.
[5]) Njála, 142/787.
[6]) Königsspiegel, 60/147 der norwegischen u. 60/177 der deutschen Ausgabe.

einen Ausschuss von 36 Männern ausgewählt sehen, welcher den Namen lögrètta trägt[1]), sondern auch schon in einem der älteren Provinzialrechte deren Namen in gleicher Verwendung genannt finden[2]); wie wir hier späterhin die lögrètta innerhalb ihrer geheiligten Schranken sitzen und von ihr und dem Umstande die Beschlüsse „innan lögrèttu ok útan" oder „innan vèbanda ok útan" gefasst sehen[3]), so sehen wir auch schon um das Jahr 934 am Gulaþinge ein Gericht aus 36 Männern zusammengesetzt, für welches gewiss nur zufällig der Name der lögrètta nicht gebraucht steht[4]), und auch dieses sitzt innerhalb seiner „vèbönd" ganz wie diese. In Norwegen aber vereinigte die lögrètta die gesetzgebende Gewalt mit der richtenden, und auch auf Island scheint anfänglich die Vereinigung beider Gewalten in der Hand der lögrètta gegolten zu haben, bis die Zerlegung des ursprünglich einheitlichen Alldingsgerichtes in vier Viertelsgerichte zur Abtrennung der gesetzgebenden Versammlung von der richtenden zwang. Wenn aber die lögrètta hiernach von Anfang an zugleich zur Fällung von Urteilen in einzelnen Rechtssachen, zur Feststellung des geltenden Rechtes und zur Erlassung neuer Gesetze berufen war, warum sollte da ihre Bezeichnung notwendig gerade auf die beiden letzten Bestandteile ihrer dreifachen Aufgabe zu beziehen gewesen sein? Da ist denn doch ungleich wahrscheinlicher, dass die Bezeichnung ursprünglich von der bei weitem am häufigsten in Anspruch genommenen richterlichen Thätigkeit der Versammlung und der mit dieser aufs Engste zusammenhängenden Feststellung des geltenden Rechtes ihren Ausgang nahm, und dass dann hinterher, als ihr auf Island die richterliche Thätigkeit abgenommen wurde, der Ausdruck „rètta lög" zwar auf die Feststellung des geltenden Rechtes beschränkt, die Bezeichnung „lögrètta" aber der Versammlung nach wie vor erhalten blieb, obwohl nach Abtrennung der gerichtlichen Wirksamkeit das „gera nýmæli" innerhalb ihrer Aufgabe ungleich mehr hervortreten musste, als diess in jener ältesten Zeit der Fall gewesen war. Endlich vermag ich auch der Thatsache kein entscheidendes

[1]) Landslög, þingfb. 2.
[2]) FrþL. II, 2.
[3]) z. B. Landslög., þingfb. 5, u. öfter.
[4]) Eigla, 57/123.

Gewicht beizumessen, dass eine Stelle, welche einen dunklen Ausdruck in der „uppsaga“, d. h. dem Rechtsvortrage, erläutert, in dem einen unserer Rechtsbücher am Rande als „nýmæli“ bezeichnet wird[1]). Die Worte der uppsaga, dass die Bekanntmachung (lýsíng) eines Angriffes (frumhlaup) oder einer Beschädigung (áverk) vor der dritten Sonne (fyrir hina þridju sól) zu erfolgen habe, werden hier dahin erklärt, dass dieselben, recht verstanden, besagen wollen, diese Bekanntgabe habe an dem Tage der begangenen That selbst, oder in der darauf folgenden Nacht zu geschehen oder aber innerhalb zweier weiterer Tage und Nächte. Eine derartige Erläuterung aber wird an und für sich zwar allerdings nur unter den Begriff einer Feststellung des geltenden Rechts, nicht unter den einer Schöpfung neuen Rechts fallen können, wie dies zumal der Beisatz „ef þat er rètt skillt, sem þar kvedr at“ deutlich zu erkennen gibt; aber es ist doch auch zu erwägen, dass genau derselbe Ausspruch und zwar mit demselben Beisatze in dem anderen Rechtsbuche an einem etwas anderen Orte eingestellt ist, ohne hier als „nýmæli“ bezeichnet zu werden[2]). Es ist hienach sehr wohl möglich, dass diese Bezeichnung in der Stađarhólsbók nur irrtümlich beigefügt wurde, wozu allenfalls das Vorkommen derselben Bezeichnung am Rande einer unmittelbar vorhergehenden Bestimmung den Anlass geboten haben konnte; recht wohl möglich sogar, dass ein in der benutzten Vorlage am Rande beigeschriebenes Glossem von dem Compilator der St. irrtümlich als eine nachgetragene Novelle aufgefasst und als solche in seinen Text eingereiht wurde, wofür zumal dessen Versetzung an eine andere Stelle, als an welcher die Konúngsbók die Worte bringt, sprechen könnte.

Aus der bisherigen Erörterung dürfte sich mit Sicherheit ergeben, dass man auf Island nicht nur zwischen der Verwilligung von Gnaden und der Beschlussfassung über Rechtsregeln unterschied, sondern dass man auch innerhalb der letzteren Klasse von Beschlüssen wieder die Feststellung des geltenden Rechts von der Erlassung neuer Gesetze getrennt hielt, und dürfte auch überdies mit grosser Wahrscheinlichkeit anzunehmen sein, dass für jene erstere die Bezeichnung „at rètta lög“, für diese letztere

[1]) St. 283/316.
[2]) K. 86/150.

aber die Bezeichnung „at gera nýmæli" als eine technische galt. Weiterhin hat sich aber auch gezeigt, dass die auf das einzuhaltende Verfahren bezüglichen Bestimmungen unseres älteren Rechtsbuches sich in ihrem ersten Theile nur auf die Verwilligung von Gnaden, und in ihrem zweiten Theile nur auf die Feststellung des geltenden Rechts beziehen. Für das „gera nýmæli" fehlen demnach alle auf das Verfahren bezüglichen Vorschriften und da die hiernach bestehende Lücke doch offenbar nur durch die Heranziehung der Analogie, sei es nun des bei Gnadensachen oder des bei der Rechtsrichtung üblichen Verfahrens ergänzt werden konnte, bleibt somit immer noch die Frage offen, ob man der einen oder der anderen Analogie zu folgen, und ob man somit mit Vilh. Finsen anzunehmen habe, dass bei der Erlassung neuer Gesetze wie bei der Feststellung des geltenden Rechts die einfache Stimmenmehrheit genügt habe, oder ob man vielmehr mit Dahlmann und mir dafür halten solle, dass wie bei den Gnadensachen so auch bei der Erlassung neuer Gesetze die volle Einstimmigkeit erforderlich gewesen sei. — Da scheint mir nun zunächst der Zusammenhang der hier einschlägigen Stelle sehr entschieden für die von mir vertretene Auffassung zu sprechen. Vorangestellt wird in ihr die Bestimmung über die Aufgabe der lögrètta, die in dem „rètta lög sín", dem „gera nýmæli, ef vilja", und dem „beida mönnum syknuleyfa" u. dgl. m. bestehen soll; dann erst wird von dem einzuhaltenden Verfahren gehandelt und dabei anstatt der zuvor unterschiedenen drei Fälle nur von zweien unter ihnen gesprochen. Das setzt denn doch voraus, dass bezüglich des dritten Falles als selbstverständlich gelten konnte, welchem von den beiden besprochenen Fällen er als seinem Vorbilde zu folgen habe, oder anders ausgedrückt, dass dieser dritte Fall mit einem der beiden anderen irgend welche entscheidende Merkmale gemein habe, welche in dieser Beziehung keinen Zweifel aufkommen lassen konnten. Dem entspricht nun, dass nur die Feststellung des geltenden Rechts stets von einem unter zwei Parteien geführten Rechtsstreite auszugehen hat, wogegen ein solcher für die Erlassung neuer Gesetze so wenig wie für die Verwilligung von Gnaden massgebend zu sein pflegt; dass ferner nur bei jener ersteren die Ueberzeugung der lögrèttumenn über das in Frage kommt, was Rechtens ist,

wogegen in den beiden letzteren Fällen ganz gleichmässig vielmehr deren Wille hinsichtlich dessen, was in Zukunft Rechtens sein soll, massgebend wird, so dass also ihr Ausspruch dort nur enunciativ und declaratorisch, hier dagegen decisiv und creatorisch ist; dass endlich dort, wo es sich nur um das Verständnis des geltenden Rechts handelt, schlechterdings kein Anhaltspunkt für eine Begünstigung der einen Ansicht vor der anderen vorlag, während hier, wo der Uebergang vom alten Rechte zum neuen, oder von der strengen Regel zu einer Ausnahme in Frage steht, der konservative Zug im Rechte allerdings zu einer Begünstigung des Festhaltens am Alten und an der Regel recht wohl führen mochte. Alle diese Momente begründen übereinstimmend die Gleichstellung des „gera nýmæli“ mit dem „beida leyfa“ und die Unterscheidung beider von dem „rètta lög sín“; in der That konnte die Zustimmung zu einem neuen Gesetze in einem weiteren Sinne sogar unter den Begriff des „lofa“ gebracht werden, eben weil auch bei ihr der Wille des Zustimmenden und nicht bloss dessen Ueberzeugung massgebend war. Alle diese Erwägungen sprechen für die Annahme, dass der Verfasser unseres Textes die für die Verwilligungen geltenden Regeln als auch für die Erlassung neuer Gesetze gültig betrachtet wissen wollte; wenn er aber nur die Verwilligungen ausdrücklich besprach, so mag sich dies zunächst daraus erklären, dass er gerade sie an letzter Stelle erwähnt, und überdies wegen der verschiedenen Arten von Privilegien, die vorkommen konnten, etwas ausführlicher behandelt hatte, so dass es ihm am nächsten lag, nun auch bezüglich des Verfahrens an sie anzuknüpfen, und mochte überdies die gleichzeitige Erwähnung der nýmæli neben den einkaleyfi wohl auch darum absichtlich unterlassen worden sein, weil eine untergeordnete Bestimmung, welche den von Nichtmitgliedern der lögrètta gegen deren Beschlussfassung einzulegenden Protest behandelt, wirklich nur auf die Bewilligung von Gnaden anwendbar gewesen zu sein scheint. Jedenfalls darf aber auch nicht übersehen werden, dass der Verfasser selbst durch seine Darstellung ganz unwillkürlich und unbewusst von der Gleichstellung der neuen Gesetze mit den Verwilligungen Zeugnis gibt, indem er den Gesetzsprecher die von ihm auf die Mittelbank berufenen Ersatzleute für berechtigt erklären lässt

„at fylla lög og lof“ d. h. ebenso Gesetze als Verwilligungen zu votieren. Man darf diese Erklärung meines Erachtens nicht, mit Finsen[1]), als lediglich der Alliteration wegen so gefasst bei Seite schieben; der Gesetzsprecher war sicherlich der letzte, der in einer offiziellen Erklärung der Alliteration zu Liebe etwas aussprechen durfte, was rechtlich nicht haltbar war. Allerdings lässt sich gegen die hier verteidigte Ansicht einwenden, dass ihr zufolge das Verfahren bei der Feststellung bestrittener Rechtssätze in mehrfacher Beziehung formeller und schwerfälliger geordnet war als das Verfahren bei der Verwilligung von Privilegien, während man doch erwarten sollte die Erlassung neuer Gesetze jener ersteren gegenüber eher erschwert als erleichtert zu sehen; aber jene Erschwerung ist eben doch nur eine sehr teilweise und überdies, soweit sie reicht, aus bestimmt nachweisbaren Gründen leicht zu erklären.

Ich kann zunächst nicht finden, dass das Verfahren in Gnadensachen, welches nach meiner Meinung auch für die Erlassung neuer Willküren massgebend war, ein so überaus summarisches und bagatellmässiges gewesen sei, wie dies Finsen annimmt. Wohl konnte, wie wir gesehen haben, für den Fall der Abwesenheit einzelner Inhaber der Mittelbank durch den Gesetzsprecher deren Stelle aus der Zahl anwesender Beisitzer besetzt werden und bestand demnach theoretisch allerdings die Möglichkeit, dass ein Beschluss gefasst werden konnte, an welchem keiner der regierenden Herren Anteil nahm und auch von den beratenden Beisitzern der lögrètta nicht mehr als gerade nur 48 mitwirkten. Aber eine Überrumplung der eigentlich stimmführenden Mitglieder durch ein unvorhergesehenes Einbringen bedenklicher Gesetzesvorschläge in deren Abwesenheit war darum dennoch nicht zu befürchten. Die Versammlungszeit der lögrètta war teils ein für allemal gesetzlich bestimmt, teils aber, wenn sie auf besondere Berufung zusammentrat, am lögberg zu verkünden; für den Fall, dass ein Privatmann sie behufs einer Rechtsrichtung berufen wollte, wird letzteres ausdrücklich vorgeschrieben, und kann nicht bezweifelt werden, dass dieselbe Regel auch für den anderen Fall galt, da die Berufung vom Gesetzsprecher oder von der Mehrheit der lögrèttumenn selbst ausging. Damit waren die regierenden

[1]) Aarbøger, S. 159.

Herren genugsam darauf aufmerksam gemacht, wann sie sich zu einer Sitzung einzufinden hatten und war jede unliebsame Überraschung derselben von vornherein ausgeschlossen, wenn sie nur ihre Pflicht erfüllten und zu der ihnen bekannten Zeit sich richtig einfanden. Ausserdem aber konnte der Gesetzsprecher ja auch bei der Rechtsrichtung für diejenigen Inhaber der Mittelbank Ersatzleute ernennen, welche sich für keinen der beiden streitenden Teile erklärten oder sonst ihrer Pflicht nicht genügten, unter welchen letzteren Begriff doch auch das Wegbleiben aus der Sitzung fällt, und bestand demnach in dieser Richtung ganz die gleiche Gefahr, mögen wir nun die Analogie der Rechtsrichtung oder die der Verwilligung von Gnaden als für die Erlassung neuer Gesetze massgebend ansehen. Wenn ferner zwar bei der Verwilligung von Gnaden weder die Angabe von Gründen seitens der einzelnen Votanten gefordert, noch von einer Publikation der gefassten Beschlüsse am lögberg gesprochen wird, wie beides doch bei der Rechtsrichtung der Fall ist, so muss eben doch bemerkt werden, dass bezüglich der syknuleyfi wenigstens einer Verkündigung am lögberg anderwärts ausdrücklich Erwähnung geschieht [1], woraus doch wohl auf die übrigen Gnadensachen ein Schluss wird gezogen werden dürfen, und dass eine Angabe von Gründen bei der Abstimmung sehr wohl als überflüssig erscheinen konnte, da sich diese aus der dem Beschlusse vorhergehenden Beratung von selbst ergeben mussten. Endlich aber ist denn doch klar, dass trotz der steiferen Formen bei der Feststellung streitiger Rechtssätze die Forderung voller Einstimmigkeit innerhalb der lögrètta doch immerhin die Verwilligung von Gnaden noch ohne allen Vergleich schwieriger machte als jene, und dass man darum bei der Erlassung neuer Gesetze auf jene beengenden Formen weit eher verzichten konnte als auf diese Forderung der Einstimmigkeit; wenn diese letztere ferner zwar allerdings die Gefahr mit sich brachte, dass eine an sich ganz zweckmässige Neuerung an dem Eigensinne eines einzelnen Goden scheitern konnte, so entsprach sie doch dem konservativen Sinne des Volkes und ging ganz von demselben Gesichtspunkte aus, wie der berühmte Ausspruch der englischen Barone: „nolumus leges Angliæ mutari [2]". Sodann aber ist auch nicht zu übersehen, dass

[1]) K. 55/95; 116/209.

[2]) Stat. Merton., 20. Henr., III. c. 9.

jene schwerfälligen Formen bei der Feststellung des streitigen Rechts auf das Engste mit der Geschichte der lögrètta zusammenhängen. Sie entsprechen ganz den Formen, welche in den Gerichten einzuhalten waren, wenn ein einstimmiges Urteil nicht erzielt werden konnte, und die Minderheit dabei eine bestimmte Kopfzahl erreichte[1]; man spricht solchenfalls in den Gerichten von einem vèfáng und ist anlässlich desselben ein vèfángseidr abzuleisten, ganz wie ein solcher unter demselben Namen auch bei der Rechtsrichtung in der lögrètta abzuschwören ist. Auch das norwegische Recht kennt, wenn auch nicht die Bezeichnung vèfáng, so doch ein entsprechendes Verfahren bei seinen verwetteten Gerichten (vedjanardómr, vedjaðardómr)[2]; da liegt denn doch der Schluss nahe genug, dass das eigentümliche Verfahren bei der Feststellung streitiger Rechtssätze einfach aus der Zeit stammen werde, in welcher die lögrètta auf Island noch wie in Norwegen die richterliche Thätigkeit mit der gesetzgebenden vereinigte. In dieser Zeit musste ja der Streit über eine Rechtsfrage, welcher sich im Laufe eines Prozesses ergab, einfach im Prozesswege erledigt werden, wie ja wirklich in Norwegen zu Anfang des 12. Jahrhunderts die Frage, wie weit ein König über seine Lebenszeit hinaus ein Lehen verleihen könne oder nicht, im Laufe desselben Prozesses entschieden wurde, in welchem sie auftauchte[3]; kam es also zu einer Spaltung im Gerichte, so verstand sich ganz von selbst, dass das gewöhnliche Verfahren mit vedjan, beziehungsweise mit vèfáng einzutreten hatte. Erst von dem Zeitpunkte an, in welchem sich auf Island die lögrètta von den fjórðúngsdómar trennte, konnte hier die Frage auftauchen, ob die Feststellung streitiger Rechtssätze, welche im Laufe eines Prozesses notwendig wurde, der Kognition des Gerichtes zu überlassen, oder aber, weil die Entscheidung eben doch im Interesse der Rechtsgleichheit für alle Zukunft bindend sein sollte, an die gesetzgebende Versammlung zu verweisen sei; es begreift sich aber leicht, dass man, wenn man die Frage in letzterem Sinne entscheiden zu sollen glaubte, sich doch bestimmt fühlen mochte, die feierlichen Formen des bei der Gerichtsspaltung üblichen

[1]) K. 42/75—77; 58/101 u. öfter.
[2]) FrþL. X, 14—15; XII, 8, vgl. GþL. 266.
[3]) vgl. G. Storm, Sigurd Ranessöns Proces, S. 10 (Hulda u. Morkinskinna).

Verfahrens dennoch beizubehalten, obwohl von denselben sowohl bei der Erlassung neuer Gesetze als bei der Verwilligung von Privilegien nicht die Rede sein konnte, da es sich bei beiden um keinen Streit unter zwei verschiedenen Parteien handelte, und auch nicht die Rede zu sein brauchte, weil das dort nicht anwendbare Prinzip der Einstimmigkeit hier ohnehin schon hinreichenden Schutz gewährte. — Der Bericht, welchen Ari fróði über die Entstehung der Hafliðaskrá gibt[1]) lässt sich meines Erachtens sehr wohl mit meiner Ansicht vereinigen. Allerdings ist richtig, dass nach diesem Berichte einerseits die niedergesetzte Kommission nicht nur zur Aufzeichnung des geltenden Rechtes, sondern auch zur Einstellung neuer Satzungen (nýmæli) in ihre Kodifikation ermächtigt wurde, und dass andererseits doch mit einfacher Stimmenmehrheit über deren Annahme oder Nichtannahme entschieden werden sollte. Aber nicht minder richtig ist auch, dass die Aufgabe der Kommission in erster Linie eben doch auf die schriftliche Feststellung des geltenden Rechts ging, und dass ihr dessen Verbesserung durch neue Satzungen nur ganz nebenbei anheimgegeben wurde; es kann hiernach nicht auffallen, wenn man sich bei der Beschlussfassung über den von ihr ausgearbeiteten Entwurf an das in ersterer, nicht an das in letzterer Richtung übliche Verfahren zu halten beschloss. Überdies ist aber auch nicht zu übersehen, dass das Gesetz, auf welchem die Bestellung der Kommission beruhte, sich über diesen Punkt ausdrücklich aussprach, was man kaum für nötig befunden hätte, wenn nicht ein Zweifel darüber möglich gewesen wäre, ob Einstimmigkeit erforderlich sei, oder Stimmenmehrheit genüge; dass ferner Ari ausdrücklich die Einstimmigkeit der Annahme des Entwurfes hervorhebt, was doch auch wohl kaum geschehen wäre, wenn für alle und jede Acte der Gesetzgebung ganz gleichmässig die blosse Mehrheit der Stimmen genügt hätte.

Ist die obige Auffassung des bei der Rechtsrichtung einerseits und der Erlassung neuer Gesetze andererseits zu beobachtenden Verfahrens richtig, so ergibt sich mit Notwendigkeit, dass die Bedeutung der Gesetzgebung im isländischen Freistaat eine wesentlich andere war, als welche dieser in unserm modernen Staate zukommt. Man betrachtete das Recht sichtlich als ein

[1]) Íslendingabók, 10/17; vgl. dagegen Aarbøger, S. 167.

im Grossen und Ganzen gegebenes, bei dem es zunächst nur darauf ankam, Undeutliches klarzustellen und Unausgesprochenes aus den bekannten Rechtsgrundsätzen zu entwickeln, allenfalls mit Hilfe des Zurückgreifens auf einzelne Uebungsfälle, wie ja auch der Gesetzsprecher þorkell máni (970—84) einmal gelegentlich eines Streites über die Anfechtung von Schenkungen auf solche zurückgriff [1]; nur ausnahmsweise entschloss man sich dagegen zur Einführung neuer Satzungen, indem man für bedenklich hielt, am althergebrachten Rechte zu rütteln. Ganz dieselbe Scheu vor neuen Satzungen, wie sie sich in der Forderung eines einstimmigen Beschlusses der lögrètta für deren Erlassung zu erkennen gibt, spricht sich aber auch noch in einer weiteren auf dieselben bezüglichen Vorschrift aus. „Kein neues Gesetz (nýmæli)“, sagt unser Rechtsbuch [2], „soll für länger beschlossen werden als für drei Sommer, und im ersten Sommer soll man es am lögberg verkünden, sowie an den gehegten Frühlingsdingen oder Herbstdingen. Alle neuen Gesetze (nýmæli) sind ungültig, wenn sie nicht in jedem dritten Sommer (it 3. hvert sumar) verkündigt werden“. Man darf sich nicht, wie Vilh. Finsen thut [3], durch die Wortfassung, in welcher eine Handschrift aus dem Anfange des 17. Jahrhunderts diese Regel wiedergibt [4], zu der Annahme verleiten lassen, dass dieselbe nur besagen wolle, jedes nýmæli werde hinfällig, wenn es nicht innerhalb der nächsten 3 Jahre nach seiner Einführung neuerdings nochmals verkündigt werde, wogegen eine solche zweitmalige Verkündigung das bisherige nýmæli zu einem Bestandteile des bleibenden Kerns der Gesetzgebung mache, so dass es von da ab keiner weiteren Wiederholung der Verkündigung mehr bedürfe. Die Worte dieser jüngeren Handschrift: „nýmæli aull skulu 3. sumur til laugbergis laugd wera, sijdan fyre laug halldast“ können meines Erachtens gar nicht den Sinn haben, welchen Finsen ihnen beilegt, vielmehr nur besagen, dass jedes neue Gesetz drei Sommer nacheinander am Gesetzesfelsen (zur Beratung und Abstimmung?) vorgelegt werden solle, und wenn

---

[1] Grettla, 12/20.
[2] K. 19/37.
[3] Ordregister, S. 656.
[4] Grágás, III. S. 443; vgl. S. XLVII—VIII.

dies geschehen sei, sofort Gesetzeskraft haben solle; eine durchaus verkehrte Angabe, welche mir lediglich aus einem Missverständnisse entsprungen zu sein scheint, indem die ersten Worte der Konúngsbók: „nýmæli ecci scal vera lengr ráþit enn 3 sumar, oc scal at logbergi it fyrsta sumar vppsegia“, irrig ausgelegt und deren Schlussworte: „lavs erv öll nýmæli, ef eigi verþa vpp sogđ it 3. hvert sumar“, völlig unbeachtet gelassen wurden. Jedenfalls kann die Lesart einer so späten Handschrift gegen die der Konúngsbók nicht aufkommen, welche bereits aus der Mitte des 13. Jhdts. stammt; die Worte „hit þridja hvert sumar“ in dieser letzteren aber schreiben die Wiederholung der Verkündigung von je drei zu drei Jahren ganz unzweideutig vor, und überdies wird uns die nur dreijährige Dauer der isländischen Willküren auch noch von anderer Seite her in willkommenster Weise bestätigt. Ein Hirtenbrief, welchen Erzbischof Eysteinn ungefähr um das Jahr 1179 an die Isländer erliess[1]), ermahnt diese, sich den Geboten zu unterwerfen, welche Bischof þorlákr im Auftrage seines Metropolitans an sie richte und fügt bei, sie sollten diese nicht als „nýmæli“ betrachten, wenn sie auch mit ihren Gewohnheiten nicht übereinstimmten, und nicht blos auf die Dauer von drei Jahren (en eigi þrigia vetra einna) sie als gültig betrachten, da es sich dabei nur um das feststehende und allgemeine Recht der gesamten Christenheit handle. Mag wohl sein, dass die von drei zu drei Jahren notwendige neuerliche Publikation der neuen Willküren, auf welche auch dieser Erlass sehr deutlich anspielt, sich praktisch in der Weise gestaltete, dass der Gesetzsprecher in die Rechtsvorträge, welche er innerhalb seiner dreijährigen Amtsperiode über das gesamte Landrecht zu halten hatte, von den erlassenen Novellen diejenigen aufnahm, welche er als zu fortwährender Geltung geeignet ansah, und dass seine Berücksichtigung oder Nichtberücksichtigung solcher Novellen darum als genügend und massgebend galt, weil seine Vorträge in Anwesenheit der lögrètta gehalten wurden, deren Nichtwiderspruch als eine stillschweigende Genehmigung derselben angesehen werden konnte[2]); auch unter dieser Voraussetzung zeigt aber die Bestimmung immerhin sehr deutlich,

[1]) Diplom. island. I, 53/259—60.

[2]) So Finsen, in den Aarbøger, S. 205 u. im Ordregister, S. 656.

mit welchem Misstrauen man alle legislativen Neuerungen betrachtete und stimmt dieses Misstrauen recht wohl zu der Vorschrift, dass solche nur unter der Bedingung Geltung erlangen sollten, dass sich gegen ihre Einführung nicht der mindeste Widerspruch in der lögrètta erhob. Gerade von hier aus ergibt sich aber auch die hohe Bedeutung der oben behandelten Kontroverse für die richtige Auffassung des gesamten Ganges der Rechtsbildung im isländischen Freistaate. Genügte, wie Vilh. Finsen annimmt. die einfache Stimmenmehrheit in der lögrètta zur Einführung neuer Gesetze, und trugen diese überdies nur in den ersten drei Jahren einen provisorischen Charakter, während sie nach Ablauf dieser Frist ganz von selbst zu bleibender Geltung gelangten, so konnte die Gesetzgebung im weitesten Umfange thätig werden und den erheblichsten Einfluss auf die Gestaltung des Rechtes gewinnen. Setzte dagegen, wie ich für richtig halte, die Entstehung jeder neuen Beliebung die volle Einstimmigkeit in der gesetzgebenden Versammlung voraus und war überdies die Fortdauer ihrer Geltung für alle Zukunft von einer alle drei Jahre sich wiederholenden neuen Verkündigung abhängig, so war damit die Entstehung sowohl als der Fortbestand neuer Gesetze sehr erheblich erschwert und somit auch der Anteil sehr beträchtlich verringert, welchen die Gesetzgebung an der Weiterbildung des Rechtes nehmen konnte. Die Hauptaufgabe der lögrètta musste letzterenfalls in dem „rètta lög“, und nicht in dem „gera nýmæli“ bestehen; aber doch möchte ich, anders als Finsen [1]), annehmen, dass auch das erstere keineswegs sehr häufig geübt worden sei. Zunächst waren eben doch die Gerichte berufen, die im Verlaufe eines Prozesses auftauchenden Rechtsfragen zu entscheiden und ausserdem war ja auch der Gesetzsprecher von Amtswegen verpflichtet, Jedem, der ihn darum anging, ein Rechtsgutachten zu erteilen. Nur im äussersten Notfalle scheinen dem gegenüber die Parteien von dem ihnen zustehenden Rechte Gebrauch gemacht zu haben, von der gesetzgebenden Versammlung eine Rechtsrichtung zu begehren, wenn etwa die Gerichte sowohl als der Gesetzsprecher sich nicht zu helfen wussten, oder auch das Ansehen beider nicht

[1]) Aarbøger, S. 185.

gross genug war, um tiefer gehenden Streitfragen gegenüber durchzuschlagen. Nicht ein einziges Beispiel einer Rechtsrichtung wird uns in den Geschichtsquellen berichtet, während diese von der Erstattung von Rechtsgutachten durch den Gesetzsprecher nicht ganz selten zu erzählen wissen, und auch der gerichtlichen Entscheidung von Prozessen oft genug zu gedenken haben.

Ueber

den Einlassungszwang

im

römischen Recht.

Von

Alois v. Brinz.

I.

Bei anderer Gelegenheit habe ich die Behauptung gewagt, dass im Handel mit Dritten nicht blos die Unmündigen und Frauen, sondern auch die Männer einer Auctoritas bedürfen; allerdings diese nicht auch zu den Geschäften des friedlichen Verkehrs, wie jene; wohl aber im Streite, zur Geltendmachung und Durchsetzung ihrer Rechte, sowie zur Verfolgung des ihnen widerfahrenen Unrechts. Denn dass solche Actionen, so weit man zurück sehen kann und mit verschwindender Ausnahme nur in jure zulässig sind, schien mir nur ein anderer Ausdruck dafür zu sein, dass zu denselben die auctoritas des jurisdicirenden Magistrates interponiert werden müsse. Hier nun soll wenn möglich zuvörderst erprobt werden, dass die Notwendigkeit des Rechtswegs nichts anderes, als die Notwendigkeit magistratischer Auctorität zu den streitigen und executiven Actionen sei.

In nur mehr folgeweiser, vielleicht tertiärer Bedeutung kommt die auctoritas jurisdicirender Magistrate als Ansehen z. B. in l. 19 § 1 D. off. präs. 1,18 und l. 5 D. ad SC. Treb. 36,1 vor. Rechtlich bereits relevanter, als ein Gewicht das wenigstens moralisch auf Dritte drückt, steht sie bei Gajus III, 224, da der Judex plerumque... propter praetoris auctoritatem non audet minuere condemnationem; der Richter kann unter die vom Kläger veranschlagte Kondemnationssumme herabgehen; wenn aber diese (wie in Fällen der atrox injuria) mit einer (vadimoniumshalber) vorausgegangenen prätorischen Schätzung zusammentrifft, scheut er sich, von seiner Macht Gebrauch zu machen. —

Mehr als ein solches Gewicht haben wir vordem der Auctorität auch da nicht beigelegt, wo principaliter praetor aut proconsul auctoritatem suam proponit (Gaj. IV. 139, ed. Göschen, 1820). Zweifelsohne von rechtlich entscheidendem Gewicht dagegen wäre bereits diese auctoritas, wenn wie schon vor Studemund Mehrere vorschlugen, Studemund und Krüger in den Schulausgaben annehmen, sodann auch Huschke zulässt, interponit statt pro oder praeponit zu lesen ist; denn dann würden wir an die Interponirung der tutelarischen Auctoritas gemahnt und müssten ihr bis auf weiteres ähnliche Bedeutung beilegen wie dieser. Die Vorstellung, als ob der Praetor damit, dass er in Interdictsprozessen das Verfahren in jure mit Gebot oder Verbot eröffnet, Eindruck auf die Gemüther der Parteien machen, und friedliches Abkommen erzielen wolle, und dass Gajus darum von principaler Auctoritätsentfaltung rede, müsste aufgegeben werden; im Hinblick auf die tutelarische auctoritatis interpositio wäre vielmehr an eine Zulassung als an eine Hintanhaltung des Streites zu denken. Allerdings wird finiendis controversiis Auctoritas interponirt: allein erster, und wenn man einmal angebunden hat, naturgemässer finis controversiae oder litis ist das Urteil; nicht als Hintanhaltung, sondern als Zulassung und Förderung alles dessen, was den Streit seinem naturgemässen Ziele zuführt, wäre demnach die prätorische auctoritatis interpositio zu denken. Auch fände eine solche auctoritatis interpositio nicht etwa blos in Interdiktsprozessen statt. Gajus will nicht sagen, dass der Prätor oder Proconsul nur certis ex causis auctoritatem suam interponit, sondern dass er principaliter auctoritatem suam nur certis ex causis interponit.

Wahrscheinlich überall, wo wie im Formular-Verfahren der Prozess als Action der Parteien erscheint, und die Rechtsprechung in jurisdictio des Magistrats und judicium des Richters auseinandergeht, haben wir den Magistrat als auctorisirend zu denken; überall hier steht er, wie der Tutor neben dem Mündel, so neben den Parteien und neben dem Richter, jene zum Streit, diesen zum Entscheid, und wiederum den Sieger etwa zur Execution ermächtigend. Während aber hier, im Actionenprozess, die Auctorität nach beiden Richtungen erst

am Schlusse des Verfahrens in jure, als judicis datio interponirt wird, tritt sie im Interdictenprozess als ein Gebot oder Verbot, von welchem alles weitere Verfahren ausgeht, — als ein Machtwort, das den Streit nicht blos genehmiget, sondern in der gewünschten Form veranlasst und also die Richterbestellung stillschweigend in Sicht stellt — in den Vordergrund. Nur dies, dass im Interdictenprozess die auctoritatis interpositio im Vordergrund und massgebend, nicht dass sie im Actionenprozesse gar nicht platzgreift, würde Gajus sagen, wenn interponit zu lesen ist.

Diplomatisch nun zwar könnte nach dem Apographum von Studemund und dem Index notarum daselbst p. 272 V. 6 u. 7 zu schliessen, die Lesung interponit gewagt erscheinen; nach einer Mittheilung von Krüger ist sie das nicht — weil die einschlägigen Abkürzungen leicht zu verwechseln. Sachlich aber empfiehlt sie sich einerseits durch die Fremdartigkeit sowohl der „praepositio" als der „propositio" auctoritatis — ihres gleichen zu finden, will nicht gelingen; anderseits durch die Frequenz der interpositio auctoritatis auf dem Gebiete nicht blos der Tutel, sondern auch der Jurisdiction. Den Actionenprozess anlangend kann auf das diocletianische Rescript in den Vaticanischen Fragmenten § 313 verwiesen werden. Entsprechend den in dem Rescripte vorangestellten Rechtssätzen über Schenkungen soll der angerufene und competente Magistrat (aditus is cujus de ea re notio est) auctoritatem suam „interponiren" — d. h. actionem (judicem) dare oder denegare. Denn wie die des Tutor kann auch die Auctorität des jurisdicirenden Magistrates anstatt zusagend verneinend ausfallen — anstatt Willfährde ein Strich durch den Willen der actionenlustigen Partei (vis voluntati contraria — vgl. l. 1 D. tut. 27,1) sein. Eine verneinende Auctorität, mit dem Ausdrucke ne auctoritatem suam interponat, übt der praeses provinciae in l. 2 § 2 D. de operibus publicis 50,10. Hier handelt es sich zwar um keine Handlungen der streitigen Gerichtsbarkeit, aber doch um Handlungen magistratischer Tuition: hier insonderheit um die Frage, ob der Name des Stifters auf einem öffentlichen Werke abgekratzt und durch einen anderen ersetzt werden dürfe: dazu soll der Magistrat seine Auctorität nicht interponiren. — Der jurisdictio der Praetoren und Pro-

vinzialstatthalter ist auch der Alimentenvergleich nach der oratio D. Marci unterstellt: l. 8 § 18 D. transact. 2,15: Ist diese jurisdictio gleich der de operibus publicis auch nur voluntaria, so ist sie doch jurisdictio, also wohl an sich oder dem Wesen nach eins mit der contentiosa. Ausführlicher als sonstwo erweist sich diese aber hier als auctoritas. Zwar ist nicht von „interpositio" auctoritatis die Rede; allein das ist Zufall; denn ihrer rechtlichen Bedeutung nach ist sie eins mit der tutelarischen Auctorität. Gleich dieser erscheint sie als Zusatz zu fremder Handlung (auctio, augmentum?), und zwar als ein solcher, ohne den diese nichts ist: l. 8 pr. eod.: — ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore Praetore facta (cf. l. 8 § 15 eod.). Heisst dieser zufällig nicht Interponent, so ist er doch „Intervenient" (ibid. — solet praetor intervenire —). Da fehlt es denn auch nicht an der zur Gewährung oder Versagung der tutelarischen Auctorität erforderlichen Erwägung (arbitratus, consilium, l. 8 § 15 cit.); selbst causæ cognitio, wie sie auch der actionis (judicis) datio, denegatio voraufgehen kann (z. B. l. 9 § ult. D. de dolo m. 4, 3, l. 15 § 34, § 43, l. 17 § 10, § 17 D. de injur. 47,10, l. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42,8, l. 1 pr. D. superf. 43,18), ist hier nothwendig (l. 8 § 17 eod.). Darnach könnte man anderwärts aus prätorischem „Ermessen" auf prätorische Auctorität schliessen, wenn diese nicht ausdrücklich genannt wäre; denn abermals durch eine oratio (D. Severi) ist die Veräusserung von Mündelgütern der prätorischen Jurisdiction unterstellt; nach dem Buchstaben der oratio soll der Prätor pro sua religione aestimiren, quae possunt alienari obligarive debeant (l. 1 § 2, l. 5 § 10 D. de reb. eor. 27,9); Caracalla übersetzt dieses aestimare in ein auctorem fieri (l. 1 C. de praed. vel aliis reb. min. 5,71), und auch den Juristen ist es als praetoris auctoritas geläufig (l. 5 § 5, § 6, § 8 D. eod.). — Allgemeiner könnte das permissive Wesen der jurisdictionellen Auctorität nicht zum Ausdrucke kommen, als im Gegenhalt zur Selbsthilfe; denn zuunterst beruht alles Gerichtswesen doch darin, dass man sein Recht nicht auf seine eigene Auctorität hin geltend machen (sich selbst Recht sprechen l. 13 D. quod met. 4, 2) darf. Steht uns nun kein Beleg für die auctoritas praetoris im Gegensatz zur Selbsthilfe überhaupt zu Gebot, so zählt doch unter den wenigen Fällen,

da diese noch spät in offensiver Entfaltung erlaubt war, der der vertragsmässigen Pfändung; auch nach l. 3 C. de pignoribus 8, 13 (14) Severus et Anton. ist sie nicht als unerlaubte Gewalt verpönt, daneben aber gleichwohl an die auctoritas praesidis verwiesen (attamen auctoritate Praesidis possessionem adipisci debent).

Wie die Geltendmachung der Rechte oder die Actionen überhaupt, sind auch einzelne Theile derselben an die jurisdictionelle Auctorität gebunden. So der erste Schritt der Action, die in jus vocatio, wenn sie gegen Eltern, Patrone, deren Kinder und Eltern gehen soll. Denn wenn der Praetor sagt: Parentes, patronum, patronam, liberos parentes patroni in jus sine permissu meo ne quis vocet (l. 4 § 1 D. de in jus voc. 2, 4), so sagt er dasselbe wie wenn er sine auctoritate mea, oder sine jussu meo gesetzt hätte (Dirksen, man. v. auct. § 2); geht doch auch diesem permissus wie der oben erwähnten auctoritas zur Alimententransaction eine causae cognitio voraus (l. 10 § 12 eod.); — so die Delation des Calumnieneides in l. 5 § 14 D. o. n. n. 39, 1 (hoc jusjurandum auctore praetore defertur), und die Pfändung ex causa judicati; denn nur ein jure judicatum vorausgesetzt und ex auctoritate ejus qui jubere potuit captum ist das Pfand pignus (l. 10 D. qui pot. 20, 4) und das possidere jubere selbst ist eine magistratuum auctoritas (l. 3 § 1 D. de reb. eorum 27, 9). Was anders als solche Auctoritäten sind die praetorischen Addictionen? was anderes als ein „Urlaub" zur Handanlegung an den Schuldner die praetorische addictio in der legis actio per manus injectionem (Gellius, N. A. 20, 1 und dazu Wach, bei Keller, Civilpr. Anm. 1018); was anderes als ein „Urlaub" zur Aneignung der Person, Sache die addictio in der jure cessio (Gaj. 1, 134). „Zusagend" ist der Gott, unter dessen Tutel sich der populus Romanus im Ganzen und Einzelnen befindet, wenn er dessen Vorhaben genehmiget (aves addicunt, gleichbedeutend mit admittunt — Marquardt, röm. Staatsverwaltung, Bd. III., 2te Aufl. S. 406 Anm. 13); auctoritativ und auctoritatis obligationem kontrahirend der Verkäufer, welcher den mancipio accipiens Eigenthum behaupten und ergreifen lässt, unbedingt oder in diem addicens (D. de in diem addictione D. 18,2). Vielleicht dürfen wir auch die auctoritas rerum judicatarum (z. B. Paul. R. S. V. 5 A. § 6, l. 3 § 3 D. de reb. eor. 27, 9)

auf die jurisdictionelle Auctorität zurückführen. Sie selbst ist „in ihrer positiven Function" eine Permission zur legis actio per manus injectionem, später zur actio judicati, vermittelt durch den judex, der hinwider selbst durch den Praetor in Gestalt der judicis datio zur Judicatur autorisirt war und im Judicate nun eine für den Prätor selbst wieder massgebende Auctorität zur Zulassung der actio judicati geschaffen hat. Umgekehrt bildet das Judicat in der negativen Funktion eine (wiederum durch den Richter vermittelte und aber vom Praetor in's Leben gerufene und von ihm eingeholte) Permission zur Denegation einer jeden im Judicate schon verbeschiedenen actio. — Endlich setzt uns auch die praetoria tuitio mit der Tutel in Verbindung (l. 1 § 1 D. tut. 26, 1). Von ihr ist zwar gewöhnlich nur mit einem Nebengedanken die Rede, welcher der tutelarischen auctoritas fremd ist: nämlich nur im Gegensatze zum ipsum jus, oder jus schlechthin — z. B. beim ususfructus den Jemand nur per tuitionem Praetoris, nicht ipso jure hat: l. 9 § 1 D. usufr. quemadm. cav. 7, 9 — bei der auctoritatis interpositio durch einen Nichttutor, welche durch den Praetor ratihabirt und darnach nicht ipso jure, sondern nur per tuitionem Praetoris besteht (l. 1 § 5 D. quod falso tut. 27, 6); und auch das auxilium praetoris, wodurch einst gewisse Freigelassene bei der Freiheit (in libertatis forma) erhalten wurden, ist eine tuitio im Gegensatze zum jus, und zwar zum jus Quiritium, nach welchem dieselben Sklaven waren (Gaj. III. 56). Die prätorische Tuition in l. 2 § 1 D. b. p. s. t. 37, 11 besteht in Aufrechthaltung einer bonorum possessio nicht gerade gegen das jus civile, wohl aber gegen das sonstige praetorische (edictale) Recht. Allein wenn sich diese tuitio abermals in auctoritatis interpositio auflösen liesse, so wäre der Beistand, der hier dem Bedürftigen gegen das alte oder programmmässige Recht geleistet wird, um eben deswillen, weil er gegen herrschende Normen geht, wohl ein stärkerer, aber kein anderer als sonst. In der That löst sich alle diese tuitio in auctoritatis interpositio auf: in Gewährung einer ususfructus petitio — Gewährung pupillarischer nicht auctorirter Veräusserungen und Obligirungen — Denegation der in libertatem vindicatio — der hereditatis petitio possessoria oder civilis.

II.

Angenommen, dass die praetoria tuitio mit der Tutel, und die jurisdictio mit der tutelarischen Auctorität in Parallele steht, findet man von ihr aus nicht leicht den Weg zu dem von den Unsrigen aufgestellten, viel und eindringlich erörterten Einlassungszwang. Handelt es sich dem Jusdicens in streitigen Sachen darum, den Kläger wenn er Recht hat zur Durchsetzung seines Rechtes (exactio) zu ermächtigen, und die Vorfrage ob er Recht hat je nach Umständen selbst zu entscheiden, oder aber zur Entscheidung einem dritten (judex, arbiter) zu überweisen (l. 8, l. 9 D. off. praes. 1, 18), so liegt es nahe, dass er den Klagsgegner zur Vertheidigung zulässt, ja dass er den Kläger nicht eher anhört, und auch nicht eher vor den Richter kommen lässt, bevor demselben Gelegenheit zu seiner Vertheidigung gegeben ist. Von dieser Gelegenheit mag der Gegner Gebrauch machen; thut er es nicht, so wird sich, scheint es, die praetorische wie die richterliche Kognition auf das klägerische Vorbringen beschränken, und so nach einseitigem Gehör zur datio oder denegatio actionis und exactionis entwickeln; man wird geneigt sein anstatt von einem Einlassungszwange von einem Einlassungsrechte zu reden, wie solches Wach zum Entwurf einer deutschen Civilprocessordnung in der Münchener Vierteljahresschrift XIV S. 605 ausgeführt hat. Scheint doch im eremodicium, das gut in den Formularprozess zurückgeht (l. 30 (31) § 2 D. neg. gest. 3,5 Papin., l. 7 § ult. D. min. 4,4 Ulp., l. 13 pr. D. jud. solv. 46,7 id.), eine Probe für die Richtigkeit dieser Auffassung zu liegen. Denn dieses ist wesentlich nichts anderes als ein auf einseitiges Gehör des Klägers — freilich allenfalls des Beklagten — gestütztes verurtheilendes oder absolvierendes Erkenntniss.

Dieser Annahme tritt nun aber kein blosses Bedenken, sondern eine Einrichtung entgegen, welche dieselbe, wenn nicht alles trügt, unmöglich macht; ich meine die in jus vocatio. Schon der Imperativ (ito), den die XII Tafeln an den Gerufenen richten, zeigt, dass sie die Folgeleistung nicht als Sache seines

freien Willens betrachtet wissen wollen. - Nun aber fügen sie dem „folgst du nicht willig" auch noch die Vollmacht an den Kläger, „so brauche Gewalt" bei (em capito — manum endo jacito); sie limitieren dieses Zwangsrecht durch das Erfordernis der Publicität (ni it antestamino), der Bereitstellung eines Maulers für den Kranken, der Zulassung eines Einstandsmannes (vindex); allein auf eine Gewalt des Klägers über die Person des zu Ladenden ist und bleibt die in jus vocatio gebaut. Mit einer solchen verträgt sich nun ein Einlassungsrecht m. E. und Demelius eine Einrede vorbehalten (s. unter III) nicht. Wäre dem Gerufenen freigestanden, dem Rufer in jure zu antworten oder nicht, so hätte es ihm auch freistehen müssen, dem Rufe dorthin zu folgen oder nicht. Anstatt der Vocation die sie war, wäre die Ladung eine blosse Nuntiation gewesen. Mit dem Folgezwang ist der Einlassungszwang nothwendig gegeben.

Nebenher entsteht die Frage: Wie dann wenn der Rufer mit seinen Gewaltsmitteln nicht ausreichte? der Gerufene der Gewalt Gewalt entgegensetzte und obsiegte? oder der Zugriff wider ihn vornherein nicht gewagt werden mochte? Den Praetor werden wir, weder mit seiner Missio, noch mit seinen Mulcten und Strafklagen, wohl noch lange nach den XII Tafeln nicht zu Hilfe rufen können; allein Huschke glaubt das Missionsverfahren noch über die XII Tafeln zurück, bis in die Zeit der ersten Secession der Plebs, verlegen zu können (vgl. Bethmann-Hollweg, a. a. O. § 34 Anm. 14). Ueberhaupt wird auf diese Frage keine andere Antwort übrig bleiben, als die, dass dann in jus vocatio erfolglos blieb. Die Lage des Klägers war dann dieselbe, wie wenn in jus vocatio vornherein unmöglich war, indem sie durch Absenz des Gegners ausgeschlossen oder durch Latitatio vereitelt wurde. Auch kann diese Hilflosigkeit nur in einer Zeit auffallen, in welcher längst alles Privatrecht unter den Schutz und die Macht der öffentlichen Gewalt gestellt ist. Aus der Geschichte germanischer Rechte lässt sich auf eine Periode zurückschliessen, in welcher das Privatrecht ganz sich selber überlassen war, nicht nur kein „Bann" von oben in dasselbe hereingriff (G. L. Maurer, Gesch. d. altgerm. Gerichtsverfahrens. 1824 § 26), sondern auch kein Richterspruch dasselbe vermittelte. Denn die Friedloslegung wegen Nichtbefriedi-

gung von Privatansprüchen, wie sie sich z. B. im altnorwegischen Rechte vorfindet, ist eine Adaptirung des Strafrechts auf das Privatrecht, und setzt die Uebertragung der Friedlosigkeit aus dem Bereiche der Verbrechen, dem sie ursprünglich allein angehört, bereits voraus (v. Amira, das altnorwegische Vollstreckungsverfahren 1874 S. 1 Abs. 3, S. 78—85). — Nicht mehr so rein Privatsache sind die Privatansprüche in dem noch durch kein prätorisches Edict ergänzten oder korrigirten römischen XII Tafelrechte; denn die Rechtsverfolgung derselben ist nicht ohne magistratische Auctorität statthaft; allein die schliessliche Durchsetzung sowie die Ladung, besser die Vorgerichtstellung des Gegners liegt immer noch ganz in der Hand des Klägers; so lange ihm diese nicht gelingt, hat er keine Aussicht auf Befriedigung, und kein anderes Mittel als den guten Willen des Gegners.

Wie schon bemerkt fällt diese Hilflosigkeit nicht auf, insolange der zu Verfolgende sich ohne Nachteil entfernt halten oder der Ladung entziehen konnte. Schwerer erklärlich wäre, wenn derjenige, welcher sich der Gerichtsfolge durch Gewaltthätigkeit entzieht, der Missio noch immer nicht verfiele, auch nachdem der Prätor dieselbe aus mehreren anderen Anlässen verheissen hatte. Wie die einschlägigen Edictsclauseln in Cicero und den Digesten überliefert sind, scheinen sie unseren Fall in der That nicht zu treffen; denn dort (pro Quinct. c. 19 § 60) wird eingewiesen in das Vermögen desjenigen qui fraudationis causa latitarit — cui heres non extabit — qui exilii causa solum verterit — qui absens judicio defensus non fuerit; hier nur desjenigen, qui fraudationis causa latitarit, si boni viri arbitratu non defenderetur (l. 7 § 1 D. quib. ex c. i. p. eatur 42,4 Ulp.) und qui judicio sistendi causa fidejussorem dedit, si neque potestatem sui fecit neque defenderetur (l. 2 pr. eod. Ulp.) Diese letztere Clausel enthält allerdings ein Wort, welches die gewaltthätige Ablehnung der Gerichtsfolge in sich aufzunehmen weit genug ist; denn potestatem sui non facere kann man nicht blos negativ, durch Flucht, Versteck, Wegbleiben, sondern auch positiv, durch Abwehr. Damit stimmt auch die Worterklärung potestatem autem sui non facit, qui id agit, ne adversarius ejus copiam sui habeat, überein. Aber auffallender Weise zieht Ulpian nicht

die Konsequenz, die wir erwarten, sondern folgert aus dem qui id agit die Anwendbarkeit der Clausel auf den latitans: ergo latitantis bona jubet possideri. Darnach mag Ulpian das id agit im Sinne von id agitur gedacht und bei seiner Erklärung nur das Erfordernis einer gewissen Intention, nicht gewisse Handlungen gemeint haben. — Aber angenommen auch dass in dem qui id agit sprachlich ein Raum für den Fall handlicher Abwehr offen gelassen sein wollte, so wäre die Clausel für unsere Frage doch sachlich nicht zu verwerthen. Denn dieselbe spricht nicht von der in jus vocatio, sondern von der Nichteinhaltung der auf die in jus vocatio erfolgten Sistirungsbürgschaft. Ist durch letztere die in jus vocatio mit directer Folge einmal abgewendet, so lässt sich nicht annehmen, dass dieselbe wiederholt werden dürfe, und also auch jetzt noch an Gewaltanwendung und Abwehr zu denken sei.

Die Edictsclausel in l. 2 pr. cit. bietet noch eine andere Schwierigkeit, sowohl im Verhältnisse zu l. 7 § 1 cit. als in dem zum Ciceronianischen Referate. Wenn schon jene gegen den latitans geht, wozu noch eine besondere Klausel gegen diesen? Dies ist unter anderem längst von O. E. Hartmann (über das römische Contumacialverfahren S. 37) verfolgt, dies neuerdings von Lenel (das edictum perpetuum S. 58) ins Auge gefasst. Schon Rudorff hatte, gestützt auf Gajus IV. 46, die Digesten- und Edictsrubrik in jus vocati ut eant aut satis vel cautum dent in ein in jus vocati ut eant aut vindicem dent restituirt, woraufhin Lenel den unter derselben Rubrik auftretenden fidejussor judicii sistendi causa datus in einen vindex verwandelt und auch die Clausel in l. 2 pr. cit. auf ein Praetor ait: in bona ejus qui vindicem dedit si neque potestatem sui faciet neque defendetur, ire jubebo zurückführt (S. 54, S. 57,2). Im Gegensatz zu Ulpian, der die Clausel gegen den latitans verwerthet, erblickt Lenel den Zweck der Clausel darin, dass sie nicht blos gegen den latitans, sondern in buchstäblicher Strenge in allen den Fällen wirke, wo der Reus, aus was immer für einer Ursache, sich nicht stellt. — Auch diese Restauration führt uns nicht zum Ziele. Denn auch so handelt es sich nicht mehr um in jus vocatio, sondern um eine Gestellungsbürgschaft und deren Nichteinhaltung; zur Handanlegung ist jetzt Kläger

nicht mehr berechtigt, zur Abwehr der Reus nicht mehr veranlasst. Für den Fall, da sich der Gerufene dem Rufer mit Erfolg widersetzt, bleibt nach dem Stande der Quellen nur die Mulct oder Strafklage übrig (l. 2 § 1 D. si quis in jus voc. non ierit, 2, 5.).

III.

Um von dieser Abschweifung auf unsere Aufgabe zurückzukommen, wird es gut sein, den Satz, dass der Ladungszwang den Einlassungszwang voraussetze, näher ins Auge zu fassen. „Voraussetze" ist selbstverständlich nicht zeitlich, sondern ursächlich zu fassen; man hätte nicht Ursache gehabt, einen Gestellungszwang zuzulassen, wenn es im Belieben des Gestellten gelegen wäre, sich auf das klägerische Vorbringen einzulassen, oder nicht.

Eben dieser Satz hat an Demelius seinen Widersacher gefunden. Indem er die von Keller (Civilpr. § 65) und Bethmann-Hollweg (röm. Civilpr. Bd. 1 § 36) im allgemeinen aufgestellte Behauptung, dass Schweigen, oder Unterlassen sonstiger zur Vertheidigung nothwendiger und vom Prätor geforderter Handlungen der confessio in jure gleich geachtet werde, im Einzelnen verfolgt und für den Legisactionen- und den Formularprozess gleichmässig, für letzteren insonderheit durch erneute sprachliche und sachliche Prüfung der lex Rubria c. 21. 22 begründet, kommt er zu dem Ergebnis, dass es einen Einlassungszwang im Degenkolbschen Sinn, nämlich „als rechtliche Gebundenheit, auf angestellte Klage hin zum Zustandekommen, zur Entwicklung des Prozesses mitzuwirken durch eigene Erklärung oder durch die eines Vertreters", sowohl im Formular — wie im Legisactionenprozess nicht gebe. Zwar liege es am Beklagten, die Action des Klägers durch Gegenaction zum Streite zu entfalten, die Vindicatio durch contravindicatio, die Schuldbehauptung (aiere) durch nego zur lis zu machen. Thut

er dies nicht, so begibt er sich seines Defensionsrechtes; wer also „schweigt", sich seines Defensionsrechtes nicht bedient, ist nicht contumax (mit Karlowa gegen Degenkolb und Wach); in dem Gedanken des Einlassungszwanges stecke aber der der Contumaz, und diese liege nicht vor (Demelius, die confessio im r. Civilpr. etc. 1880, s. bes. § 5, § 8).

Präcisirt man den Einlassungszwang — im Gedanken an die litis contestatio — als Zwang zur Streiteinlassung, dann ist Demelius gewiss im Recht, wenn er den Einlassungszwang von der Schwelle sowohl der Legisactionen, als des Formularprozesses zurückweist. Denn den Streit wirklich aufzunehmen wird man weder hier noch dort, und wohl nach dem Prozessrechte keiner Zeit und keines Volkes gezwungen; überall kann, wer gefordert ist, anstatt zu streiten, nachgeben — zugestehen oder auf sein Gegenrecht verzichten. Fasst man den Einlassungszwang dagegen weiter — und man wird ihn weiter fassen müssen, wenn man noch länger von ihm reden will —; denkt man als das Ding, worauf die Einlassung erfolgen soll, nicht den Streit, sondern allgemeiner die klägerische Action, und diesem weiteren Begriffe scheint in der Degenkolbschen Formel (so manches sonst Bekker, Münchener Viertelj. Bd. 20 an ihr aussetzt) Raum gelassen: dann wird man von einem Einlassungszwang in Ansehung der Legisactionen wie des agere per concepta verba sprechen dürfen. Hier wie dort muss der in jure erschienene Beklagte zur actio Stellung nehmen; es bleibt ihm nur die aus l. 1 pr. D. de edendo von Demelius selbst (S. 116) hervorgehobene Alternative utrum cedere an contendere ultra debeat. Von Demelius selbst wird ausgeführt, wie der Beklagte, wenn er nicht als nachgebend oder geständig erscheinen und die actio zur exactio, (exsecutio) befördern soll, bald rituelle Contravindication, bald klare Negation einlegen muss, und wie ihn nicht erst entschiedene Nachgiebigkeit, sondern schon mangelhafte Contendirung als cedirend erscheinen lässt. Aber schon, dass dem Erschienenen die Alternative aut contendere aut cedere gestellt ist, enthält eine Zwangslage; das Tertium — von der Sache überhaupt nichts wissen zu wollen — ist dem Erschienenen nicht mehr freigegeben. „Mit dem Erscheinen ist die einfache Nichterklärung abgeschnitten" (Degenkolb a. a. O. S. 16 Anm. 2).

Der Begriff des Prozesses ist auf den des Streites nicht beschränkt. Die Legisaktionen waren dreimal Streitprozesse (sacramento — per judicis arbitrive postulationem — per condictionem) — zweimal Executivprozesse (p. m. injectionem — per p. capionem). Würde man beim Einlassungszwang an Einlassung auf den Prozess denken, so wäre derselbe ebensowohl gerechtfertigt wie wenn man an Einlassung auf die Action dächte. Der Verklagte ist gezwungen der actio weiteren Verlauf zu verschaffen, und zwar entweder dahin, dass sie in einen Streit- oder aber in einen Executivprozess auslaufe. Dieser Auslegung lässt die Degenkolbsche Formel Raum.

Im Formularprozesse kann die Stellungnahme des Geladenen zur Action nicht blos gegenüber den einzelnen Teilen der edita actio sondern auch dahin erfolgen, dass er sich überhaupt „nicht wehren", oder „die actio nicht annehmen", will (l. 52 D. r. j.) Da läge dann jenes tertium, dass Beklagter „von der Sache überhaupt nichts wissen will" vor. Darin dass ein solches Verhalten unzulässig ist, culminirt der Einlassungszwang. Er realisirt sich aber im Falle solcher totalen Ablehnung der Einlassung nicht in derselben Weise wie da, wo im Einzelnen nicht geantwortet wird, durch Präsumtion eines Geständnisses und Fortschritt zur Execution, — sondern wie da, wo sich der Gegner versteckt hält: es kommt zu keiner Verhandlung der actio, sondern zur missio in bona wegen non defendere (Non defendere videtur non tantum qui latitat, sed et is qui praesens negat se defendere aut non vult suscipere actionem — l. 52 cit.).

IV.

Wäre demnach anzunehmen, dass ein Einlassungszwang nach dem System der Legisaktionen und des Formularprozesses in der That bestanden habe, so wäre noch zu fragen:

1. wozu dieser Zwang?

2. wie verträgt er sich mit der sub I behaupteten aucto-

ritären (nur zulassenden, nicht gebietenden oder potestativen) Stellung des jurisdicirenden Magistrats?

3. wie verträgt er sich mit dem eremodicium?

4. wie ordnet er sich dem Systeme der Rechte und Pflichten ein?

Hierauf wird in Kürze nachstehend geantwortet:

1.

Soll sich der Prozess zum Streit (lis, jurgium) gestalten, so müssen natürlicherweise beide Parteien präsent sein. Das contendere überhaupt, seine Details in den Legisaktionen und im Formularverfahren insonderheit, setzten die Gegenwart beider Theile voraus. Mit gleich natürlicher Nothwendigkeit ergibt sich das Erfordernis der Präsenz des Gegners, wenn der Prozess zur Exekution werden, und die Exekution in die Person des Gegners gehen sollte. Bedenkt man nun, dass nach dem System der Legisaktionen und des Formularverfahrens kein Judicium und kein Urteil ohne vorgängigen Streit und dessen Darstellung in jure möglich war, und dass Thatsachen, welche den Gegner ohne Urteil, wie wenn er verurteilt wäre, als exekutionsreif erscheinen liessen, sich doch nur gelegentlich des zur Dar- und Feststellung des Streites bestimmten Verfahrens in jure ergaben; dass anderseits der Kläger ohne Urteil oder was ihm gleichstund, sich nicht Recht schaffen durfte, so wird klar, dass man auf Mittel sinnen musste, den zu Belangenden vor Gericht zu bringen, und zum Einlass auf die Aktion, es sei nun in Gestalt des Streites, oder des sich Ergebens zu bewegen. Zunächst überliess man es dem Kläger, seinen Gegner beizuschaffen; dann kam ein weiteres, aber nur indirektes, jus und judicium umgehendes Zwangsmittel auf: das der obrigkeitlichen Mission in das Vermögen des Indefensus; ergänzend wirkten praetorische Strafklagen. — Der Gedanke selbst, dass kein Urtheil ohne vorgängigen Streit mit dem Gegner möglich sei, dieser also auf dem Platze sein und streiten oder Friede geben müsse, ist aber wohl von vorzeitlicher Ueberlieferung — denkbarerweise Reminiscenz eines Ursatzes: dass Kläger seine Sache ausfechten müsse. An eine lis die (verschieden vom jurgium)

gerichtlicher oder aussergerichtlicher Zweikampf war, ist von Rudorff (grom. Institutionen S. 424) gedacht worden.

2.

Damit, dass man zur Geltendmachung und Durchsetzung seines Rechtes der auctoritas etc. des jurisdicirenden Magistrates bedarf, ist nicht gesagt, dass auch die Art und Weise der Geltendmachung und Durchsetzung des Rechts von der Auctorität des Magistrates abhängt. Vielmehr ist dieselbe, was die Legisaktionen anlangt, lege bestimmt, die Auctorität des Magistrates auf eine Mitwirkung zum Prozesse in gewissen, ihm selbst vorgeschriebenen, Sprüchen und Handlungen beschränkt. Mächtiger ist, auf Grund des Aebutischen Gesetzes seine Auctorität im Formularprozesse; allein über gewisse Schranken der Prozessordnung ist er, seien sie ihm gezogen gewesen oder von ihm selbst gezogen worden, nicht hinausgekommen. So namentlich nicht über das erste Erfordernis zur Verhandlung in jure: dass der Gegner am Platze sei. Also stund es wohl in der Auctorität des Magistrats, den Kläger zur Geltendmachung seines Rechtes zuzulassen; allein es stund auch in ungeschriebenen Rechten geschrieben, dass er diese Auctorität nur gegenüber dem anwesenden Gegner erteile. Durch diese Unterwerfung unter ein höheres oder sich selbst auferlegtes Gesetz war und blieb die jurisdictionelle Auctorität im Einklang mit dem Einlassungszwang. Dieser selbst hatte darin, dass der Magistrat die Verhandlung in jure nur gegen Anwesende eröffnete, seinen Anlass; die zu demselben notwendige Potestät dagegen lag anfänglich ausserhalb der jurisdictio und stund mit ihr in keiner Verbindung; sie lag, durch die XII Tafeln gewährt oder bestätigt, in der Hand des Klägers. Jene indirekte Nöthigung zur Gestellung und Einlassung, welche in der missio in bona enthalten ist, unterliegt zweifacher Auffassung. Einmal nämlich kann diese missio als Erstreckung der jurisdictionellen Auctorität über den Kreis der jurisdictio hinaus auf das Gebiet des imperium mixtum betrachtet werden; denn das possidere, ire in bona jubere, permittere ist gleichbedeutend mit magistratischer Auctorisirung zu dieser Handlung (oben I.); der Schwerpunkt der missio liegt dann in der Hand-

lung des missus, die missio ist nur eine permissio; diese steht als auctorisirend der Besitzergreifung, wie ein anderesmal der actio, manus injectio etc. zur Seite. Oder aber die missio ist Ausbruch der dem jurisdicirenden Magistrat zum Verfolge seiner jurisdictio beigegebenen Potestät (imperium mixtum); und dafür spricht Ulpian l. 4 D. jurisd. 2,1 — in possessionem mittere imperii magis quam jurisdictionis est. Ob nun aber der Prätor seine Auctorität oder seine Potestät zu Hilfe nimmt, um den Gegner auf den Weg Rechtens zu bringen, so bestärkt er damit nur den Grundsatz, dass er den Kläger in jure nur wider den anwesenden Gegner vorgehen lässt.

3.

Das Eremodicium, bis auf Hadrian zurück verfolgbar (von diesem vielleicht aus Griechenland heimgebracht? — l. 1 C. quomodo et quando judex sententiam proferre debeat praesentibus partibus vel una parte absente 7, 43), setzt in seinem früheren Vorkommen den Abschluss des ersten Verfahrens, also Litiscontestation und rem in judicium deductam entweder nachweislich oder ausdrücklich voraus, oder enthält doch nichts, das dieser Voraussetzung widerspräche: s. z. B. die lis in judicium deducta und a reo deserta nebst der sententia contra absentem dicta in l. 30 (31) § 2 D. neg. gest. 3, 5 Papin. – ferner die quasi in contumacem dicta sententia als Folge davon, dass der Verklagte nicht ad judicem ad quem sibi denuntiatum est, venerit Paul. R. S. V. 5. A § 6 — eremodicium nachdem zuvor schon die judicatum solvi stipulatio contrahirt worden: l. 13 pr. D. jud. solv. 46, 7. Ulp. — es ergeht gegen solche qui admoniti judicio adesse noluerunt: l. 2 C. quomodo 7, 43 Gordian. vgl. l. 3 eod.; es ergeht a judice dato l. 4 eod. Philipp: — nach einer vorausgegangenen Verhandlung mit dem reus l. 5 idem.

Soweit stund also das Eremodicialverfahren mit dem alten Einlassungszwange oder mit dem Grundsatze, dass es ohne Gegenwart des reus kein Verfahren in jure und ohne vorgängiges Verfahren in jure kein Judicium gebe, in keinem Widerspruch. Erst das Verfahren in judicio sollte auch in Abwesenheit des reus, oder etwa des Klägers vollführbar, erst die

durch vorausgegangene litis contestatio begrenzte Sentenz auch gegen Abwesende möglich sein. Das Eremodicialverfahren erscheint zwar als Contumacialverfahren; denn ohne mehrmalige oder einmalig peremtorische gerichtliche Ladung an den Ausbleibenden findet es nicht statt, und contumax est qui tribus edictis propositis vel uno pro tribus, quod vulgo peremtorium vocatur evocatus, praesentiam sui facere contemnit (l. 53 § 1 D. re jud. 42, 1 Hermog.); die Erkenntnisse gegen Abwesende müssen, um rei judicatae firmitatem zu haben, per contumaciam, d. i. gegen denunciationibus ex more conventos ergangen sein (l. 7 eod. Diocl. et Max.); allein an etwas wie Zwangsverfahren, etwa daran, dass der reus, weil abwesend, noch nachträglich als geständig, oder auf seine Exceptionen verzichtend, — der Kläger, weil abwesend, als sein Recht preisgebend erachtet werde, — ist dabei gleichwohl nicht zu denken; auch noch in judicio dabei zu sein, nachdem er in jure erschienen und zur litis contestatio beigetragen, soll der Beklagte nicht gezwungen, dem Kläger freigestellt werden. Dass sie der Obrigkeit nicht Folge geleistet, ist eine Sache für sich, bewirkt, dass sie sich nach ergangener Sentenz auch nicht mehr mit Appellation an dieselbe wenden können (Paulus R. S. l. cit. § 6[a]), entbindet dagegen den Richter von der Pflicht, die Sache zu prüfen, mit nichten; nur dass contra absentes judicirt werden könne, nicht dass gegen sie judicirt werden müsse, habe Hadrian mit seinem Rescripte sagen wollen (l. 1 C. quomodo 7, 43).

Bedenkt man nun aber, wie nach dem Vorbild der magistratischen und ausserordentlichen Kognitionen durch Diocletian die Judicis datio samt Formelinstruction beseitigt und also Jus und Judicium in Eins zusammengezogen wurde, so muss auch die alte Unterscheidung zwischen Wegbleiben in jure und Wegbleiben in judicio entfallen, und auf den Fall, da der Beklagte nicht zu treffen war oder auf die Klage nicht antwortete, entweder das eremodicische Kontumacialverfahren erstreckt, oder nach dem alten Grundsatze, dass ohne Mitwirkung des Beklagten zur Feststellung des Streits kein Erkenntnis möglich sei, zwangsweise Gestellung durch den Kläger oder indirekter Zwang durch missio in bona etc. angewandt worden

sein. Dass nun das eremodicische Kontumacialverfahren auf den Prozess in seinem ganzen Umfange und in seinen ersten Anfängen erstreckt, an die Bedingung vorausgegangener Streiteinlassung nicht mehr geknüpft war, sieht man u. a. aus der justinianischen l. 13 § 3 C. jud. 3, 1; wurden ja doch auch die obrigkeitlichen Ladungen (denuntiationes ex judicis auctoritate) am Eingang des Prozesses zur Verfügung gestellt. Allein schlechthin überwunden ist der alte Einlassungszwang von dem neuen Kontumacialsystem doch nicht. Neben diesem neuen System, welches den Beklagten zur Einlassung nicht zwingt, ihm vielmehr zum Erkenntnisse mitzuwirken freistellt, in der That also von einem Einlassungsrechte ausgeht, und dieses durch Ungehorsamsstrafen beschwert, nicht aufhebt, bleibt dem Kläger immer noch die Wahl, gegen den widerstrebenden Beklagten mit ductio, Strafklagen, gerichtlichen Zwangsmassregeln (mulctae, pignoris capio) gegen den Abwesenden und Latitierenden mit missio in possessionem vorzugehen (Winding, der justinianische Libellprozess § 34). Auch dass der Beklagte, wenn er sich einlässt, nur contendiren oder cediren kann, gehört dem alten Einlassungszwang an. So bestund dieser fort neben einem Kontumacialverfahren, welches auf ein Einlassungsrecht hinauslief.

4.

Dass das Vindicationsrecht essentieller Bestandteil des Eigentums, und die Forderung Klagerecht sei (jus quod sibi debetur persequendi), dass zum materiellen Rechte überhaupt das Klagerecht gehöre, wird kaum mehr bezweifelt. Folgerecht lag im materiellen Rechte von jeher das Recht zur Action, vor allem das Recht zur in jus vocatio und damit auch zum Einlassungszwang. Vielleicht ist auch zu sagen, dass im privatrechtlichen Sinne des Wortes ein Recht zur Action, Vocation und auf Einlassung von je nur der materiell Berechtigte hatte, mithin das private Recht auf Einlassungszwang in nichts anderem zu suchen und zu finden ist, als im materiellen Rechte des Klägers. Anderseits ist aber klar und ausgemacht, dass der Gegner dem Rufe zum Streit ununterschieden ob Kläger berechtiget sei oder nicht, folgen muss, dass die Kognition der Berechtigung erst

platzgreift, nachdem er Folge geleistet, und dass es also der Nichtberechtigte in seiner Macht hat, uns vor Gericht zu fordern um auf sein Anlangen Red und Antwort zu stehen. Hiemit scheint die Thatsache eines vom materiellen Klagrechte unabhängigen formalen Klagrechtes, eines vom materiellen Rechte wiederum unabhängigen Einlassungszwangrechts, hierin denn auch eine Art von Recht gegeben zu sein, das der Untersuchung und Begründung bedarf, und lange übersehen oder zurückgestellt, von Degenkolb (Einlassungszwang und Urtheilsnorm, 1877) aufs gründlichste in Betracht gezogen worden ist.

Das allgemeinste, was Degenkolb über dasselbe urteilt, ist, dass er es auf ein „Pflichtgebot" an den zu Belangenden zurückführt (S. 16 a. a. O.). Ein Pflichtgebot, an den in jus vocatus gerichtet, haben wir denn auch in den XII Tafelworten: Si in jus vocat, ito. Demselben entsprechend ist für den Fall ni it, die Ermächtigung em capito, und si calvitur pedemve struit, das manum endo jacito beigefügt. Da haben wir denn das formale, vom materiellen Rechte unabhängige Zwangsrecht auf Einlassung, sowie die abstracte Folgepflicht. Allerdings ist der Kläger, was die Verwirklichung dieses seines Rechtes anlangt, nach den XII Tafeln und lange darnach auf sich selbst angewiesen, und dieses sein Recht nicht belangreicher als seine physische Macht; allein ebenso verhielt es sich mit seinem executiven Abductionsrecht; das Recht misst man nicht nach seinem Erfolge. Dass Kläger seinen Gegner ohne Recht vor Gericht zu stellen ermächtigt und berechtiget war, ist das Paradoxon, das man aus den XII Tafelworten und dem Einlassungszwang nicht hinaus zu disputiren vermag.

Auf die Frage, wie wir dieses Recht classificiren und wie wir es begründen sollen, kann man aus Degenkolb die Classification anlangend, die Antwort entnehmen, dass es kein Privatrecht sei — die Begründung anlangend: dass es aus dem Recht auf Recht an sich, als dem Attribut der Person, ohne welches sie als solche nicht bestehen kann, hervorgegangen sei (S. 33 ff.). Dieses „Recht auf Recht an sich im Sinne des aus der Persönlichkeit selbst zu abstrahirenden Rechtes auf Achtung des Rechtsbewusstseins", aus welchem der Einlassungszwang oder „die Anwartschaft auf Gerichtsfolge gegen die Partei"

hergeleitet wird, fällt schliesslich mit diesem selbst zusammen und ist kein Privatrecht, ist ein Grundrecht über alle andern.

Ich möchte mit Bekker (Münchener krit. Viertelj. Bd. 20 über den Einlassungszwang, insb. Degenkolb, Einl.-Zwang S. 332) dahingestellt sein lassen, ob Degenkolb, was diese Begründung und Verinnerlichung des Einlassungszwanges anlangt, diesmal nicht die notissimi termini juris Romani überschritten habe? Aber wie dem sei: ist daraus, dass der Kläger ein von jedem conkreten Rechte unabhängiges Recht auf Recht oder Gericht hat, und auch haben muss, wenn er sich nicht selbst Recht schaffen darf, gerade der Einlassungszwang zu folgern? lässt sich daraus mehr entnehmen, als dass Kläger zu rechtlichem Gehör zugelassen werden müsse? wäre damit das Eremodicialverfahren und ein blosses Einlassungsrecht nicht ebensowohl zu reimen, als der Einlassungszwang? Mehr, als dass auch dem Gegner rechtliches Gehör gestattet werde, kann von allgemeinen Gesichtspunkten aus nicht postulirt werden; vielmehr erscheint uns der Einlassungszwang als etwas, das seiner besonderen historischen Erklärung bedarf, als dass ein einseitiges Verfahren, welches auf den Einlassungszwang nicht aufgebaut wäre, als „durchaus irrationell" (Degenkolb, S. 22) bezeichnet werden dürfte.

M. E. war es der Effect der XII Tafeln, aber nicht deren Intention, dass ein Jeder ohne Rücksicht auf Recht klageberechtigt würde. Um keinen, der berechtigt wäre, auszuschliessen, nahmen sie die rechtlosen Klagen mit in den Kauf. Wie sie die Usucapion zuliessen, nicht um den Nichtberechtigten Eigenthum zu geben, sondern um die Berechtigten sicherzustellen und wie sie zu diesem Behufe auch nondomini usucapieren liessen, so liessen sie bei der in jus vocatio die Nichtberechtigten mitlaufen.

Hiebei dürften sich die Decemvirn weniger mit dem Recht auf Recht als mit der Erwägung getröstet haben, dass in Ermanglung rechtlichen Grundes die in jus vocatio nicht so leicht vor sich gehen, die Unterstützung von Nachbarn und Bekannten nicht so leicht finden werde; denn je solenner die Begründung der Rechte zu jener Zeit noch war, desto bekannter ihr Dasein. Und nicht sowohl einen innerlich Berechtigten werden sie in dem äusserlich vom Rechte verlassenen Kläger gedacht haben, als Einen der ihre Vollmacht missbraucht; als Einen der von

Rechtswegen in jus vociren kann, aber nicht soll. Das war ein Gedanke, der späterhin in den Kalumnieneiden und Kalumnienklagen, in den Cautionen de lite prosequenda und pro expensis zum praktischen Ausdruck kam, aber stillschweigend von Anfang gefasst war.

Auch möchte ich dieses formale Klagerecht zu den Rechten zählen, die nicht als Rechte entsprungen, sondern zuvor Pflichten gewesen sind. Wie in den XII Tafeln das Gebot ito vor dem em capito ni it, gesetzt, so ist auch zuerst an die Pflicht des Gerufenen, und nur folgeweise an das Recht des Rufenden gedacht. Jene Pflicht wird aber Niemand als Obligation fassen wollen; eine blos ethische Pflicht ist sie, des über ihr schwebenden Zwanges halber, auch nicht. Man wird sie, römisch, auch bevor man dafür Nachweise hat, als officium fassen dürfen, als eines der officia, welche dem Freien gegenüber dem Freien obliegen. Wie dieser sich officii tuendi causa der Freiheit des Freien im interdictum de libero homine exhibendo annehmen soll, l. 2 § 1 D. interd. 43,1, soll er auch zur Wahrung seiner Rechte beitragen, vor allem nicht Red und Antwort versagen, wenn er selbst in Rechtssachen in Anspruch genommen wird.

Aus diesem officium auf der einen Seite entspringt dann allerdings ein durch keinerlei materielles Recht bedingtes Recht auf Einlassung auf der anderen Seite. Aber dieses Recht ist — und darin stimmen wir mit Degenkolb überein — kein Privatrecht; es ist eine von den verschiedenen, bald publicistisch, bald privatrechtlich ausgestalteten Reactionen, welche die Verletzung des officium auf dem Gebiete des Rechtes fand (Vgl. meine Pand. 1. Aufl. S. 1153 fg., 1162 II.).

Was ursprünglich officium nur unter den Parteien, wird officium gegen die Obrigkeit, als diese von ihrem imperium mixtum aus die Einlassung zu erzwingen, vielmehr den bisherigen Einlassungszwang zu befördern sucht. Von diesem imperialen Einlassungszwange aus betrachtet „erscheint... das was erzwungen werden kann, als Inhalt einer öffentlich-rechtlichen Befugniss des Gerichts auf der einen Seite, und einer öffentlichrechtlichen Verpflichtung auf der anderen Seite“. (Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechtes von Julius Wilhelm Planck. I. Bd. Allg. Theil. § 50. S. 242.)

Zu L. 57 D. de legatis I.

Von

Ernst August Seuffert.

Zu L. 57 D. de legatis I.

Die in der Ueberschrift genannte, meines Wissens zuletzt von Arndts in der Fortsetzung von Glück's Kommentar Thl. 46 S. 136 ff., S. 521 f. ausführlich besprochene Stelle lautet nach den meisten Ausgaben wie folgt:

> Ulpianus libro trigesimo tertio ad Sabinum. Si res obligata per fideicommissum fuerit relicta, si quidem scit eam testator obligatam, ab herede luenda est, nisi si animo alio fuerit: si nesciat, a fideicommissario, nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam, vel potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno. quod si testator eo animo fuit, ut quamquam liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere noluerit, non tamen aperte utique de his liberandis senserit, poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur: quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem praesidis provinciae id ei praestabitur.

Ulpian führt aus, was Rechtens sei, wenn eine verpfändete Sache durch Fideikommiss hinterlassen ist [1]). Zuerst äussert er sich über den Fall, dass der Erblasser das Vermächtniss in Kenntniss des Pfandnexus angeordnet hat, sodann über den gegentheiligen Fall. Nach den Worten „vel potest etc. . . . aere alieno", welcher Passus für die Ausleger von jeher ein Stein des Anstosses gewesen ist, kömmt Ulpian im Schlusssatz nochmals auf den ersten Fall zu sprechen.

In der folgenden Erörterung wird erst nach Erledigung des

[1]) S. Anhänge Nr. 1.

gedachten Schlusssatzes auf den mittleren Theil der Stelle — si nesciat . . . . aere alieno — eingegangen, sonach vorerst blos der Fall der Vermächtnissanordnung bei Kenntniss des Pfandnexus ins Auge gefasst werden.

Für diesen Fall entscheidet Ulpian: ab herede luenda est (scil. res obligata), nisi si animo alio fuerit (scil. testator). Entsprechend den Worten im Schlusssatze „liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere" sind zweifellos die Worte: ab herede luenda est dahin zu verstehen, dass der Erbe die vermachte Sache durch Bezahlung der Pfandschuld oder sonstwie vom Pfandnexus zu befreien habe. Erwirkt der Erbe vom Gläubiger die Freigebung der Sache, sei es gegen anderweitige Sicherheitsleistung oder ohne solche, so hat er seiner Auslösungspflicht dem Vermächtnissnehmer gegenüber Genüge geleistet. Letzterer hat nach Liberirung der Sache regelmässig kein Interesse mehr an der Tilgung der Schuld. Aber auch wenn er ein solches Interesse noch haben sollte, weil er selbst der Schuldner oder für die Schuld etwa als Bürge persönlich verhaftet ist, wird er in Ermangelung einer besonderen Bestimmung des Erblassers, dass der Erbe die Schuld zu tilgen oder dass er den Vermächtnissnehmer zu liberiren habe, keinen Vermächtnissanspruch auf Befreiung von seiner Verbindlichkeit haben. Nach Umständen wird, wie später[2] darzulegen ist, dem für die Schuld persönlich verhafteten Vermächtnissnehmer nach dem präsumtiven Willen des Erblassers sogar der Anspruch auf Liberirung der Sache abzuerkennen sein.

Auf den Fall, dass der Erblasser dem Erben die Liberirungspflicht in Ansehung der vermachten Sache erlassen hat, bezieht sich der Schlusssatz unserer Stelle, wenn der obige Text „quamquam liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere noluit" der richtige ist. Es ist dies der Text der Florentinischen Handschrift. Donellus (Comment. VIII cap. 19 § 32), Ant. Faber (Conject. XI cap. 10) und andere haben statt „noluerit" lesen wollen: „voluerit". Mit Recht hat sich aber dagegen bereits Cujacius (ad Leg. 57 cit. opp. post. tom. IV pars prior, opera et stud. C. Annib. Fabroti Lut. Paris. 1658

[2]) Anhänge N. 5.

pag. 1112 sq.) ausgesprochen. Der nachfolgende Passus „non tamen aperte utique de his liberandis senserit“ müsste, wenn Ulpian „voluerit“ geschrieben hätte, zweifelsohne vom Mangel einer ausdrücklichen Auflage des Inhalts, dass die Erben die vermachten Grundstücke vom Pfandnexus zu befreien haben, verstanden werden. Demnach würde für diesen Fall implicite der Anspruch des Vermächtnissnehmers gegen die Erben auf Liberirung der Grundstücke verneint sein. Dies wäre aber ein evidenter Widerspruch mit dem Eingang der Stelle, wo bei Kenntniss des Pfandnexus auf Seiten des Testators die Liberirungspflicht des Erben statuirt ist, sofern der Testator nicht etwas anderes gewollt hat, was natürlich nicht der Fall ist, „si testator eo animo fuerit, ut . . . liberandorum praediorum onus ad heredes suos pertinere voluerit“. Dazu kömmt, dass die Worte „eo animo fuerit, ut“ es ausschliessen, im Passus „non tamen aperte . . . senserit“ den Nachdruck auf „aperte“ zu legen, während er doch darauf zu legen wäre, wenn der Passus den durch das „voluerit“ gebotenen Sinn haben würde.

Th. Mommsen hat in seiner Digestenausgabe vorgeschlagen, statt „noluerit“ zu lesen „non noluerit“. Der Begriff des non nolle ist ein weiterer als der des velle; er umfasst auch die Fälle, in welchen das Nichtwollen durch Irrthum oder Willensunfähigkeit ausgeschlossen ist. Allein die Worte: „quod si testator eo animo fuit“, dann die Worte „non tamen aperte utique de his liberandis senserit“ lassen darüber keinen Zweifel zu, dass Ulpian im Schlusssatz nicht den Fall der Unkenntniss des Testators vom Pfandnexus im Auge gehabt hat, sondern einen besonders gelagerten Fall der Vermächtnissanordnung bei Kenntniss des Pfandnexus. Darnach könnte, da selbstverständlich nicht der Fall der Willensunfähigkeit in Frage kommen kann, das „non noluerit“ nur im Sinne von „voluerit“ verstanden werden, und ist somit durch das gegen die Lesart „voluerit“ Bemerkte auch der Th. Mommsen'sche Emendationsversuch zurückgewiesen.

An dem „noluerit“ der Florentina wird demgemäss festzuhalten sein. Dafür entscheidet sich auch Arndts a. a. O. S. 140 und S. 521 f., wenn gleich an letzterer Stelle mit der vorgängigen Bemerkung, dass seines Erachtens die Lesart „non noluerit“ den

Vorzug vor der von Donellus gebilligten Lesart „voluerit“ verdienen würde.

Dem Text der Florentina folgend, erläutert Mühlenbruch im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 15 S. 399 f. den Schlusssatz unserer Stelle in folgender Weise:

„Wenn übrigens (fährt Ulpian fort) der Testirer in dem Falle, wo regelmässig die Einlösungsverbindlichkeit dem Erben obliegt (nämlich: si scit testator, rem esse obligatam), dennoch das Gegentheil beabsichtigte, so soll er sich darüber deutlich erklären [hiezu Note 11 — s. unten]. Unterlässt er dies, so muss dennoch allemal der Erbe einlösen. Zwar können sich die Gläubiger an den Vermächtnissnehmer als Besitzer, mit der hypothekarischen Klage halten; allein dieser kann die Abtretung der Schuldklage wider die Erben verlangen etc.“

Zum ersten Satze wird in Note 11 bemerkt:

„Ulpian will ohne Zweifel sagen: der Wille des Erblassers soll hier nicht aus blossen Vermuthungen abgeleitet werden dürfen, wie im entgegengesetzten Falle, wenn regelmässig der Honorirte einlösen musste, seine Nichtverbindlichkeit aus der wahrscheinlichen Willensmeinung des Testirers gefolgert wird; sondern der Erblasser muss dies ausdrücklich erklären, wie denn bekanntlich fideicommissarische Verfügungen allemal zu Gunsten des Honorirten ausgelegt werden.“

Diese Ausführung dürfte nicht zu billigen sein. Zunächst ist gegen dieselbe zu erinnern, dass auch sie den für die Auslegung des Passus „non tamen aperte . . . senserit“ erheblichen Worten „eo animo fuit, ut“ nicht gerecht wird. Ausserdem ist Folgendes einzuwenden. Bei Fideikommissen ist der irgendwie erkennbare Wille des Erblassers massgebend. Dieser von Paulus in L. 127 D. de legat. I und von Papinian in L. 64 D. de legat. II anerkannte Grundsatz gilt nicht blos zu Gunsten des Fideikommissars, sondern, wie Ulpian in L. 11 § 19 D. de legat. III bezeugt, auch zu Ungunsten desselben. Nur für den Zweifelsfall gilt die Regel, dass letztwillige Zuwendungen zu Gunsten des Bedachten auszulegen seien (L. 12 D. de R. I. 50. 17; vgl. L. 24 D. de reb. dub. 34. 5, L. 12 § 2 in f. D. de usu 7. 8.) Im Schlusssatze nimmt nun — wenn noluerit gelesen wird — Ulpian als feststehend an, dass der Erblasser die Erben von der

Liberirungspflicht in Ansehung der vermachten Grundstücke habe befreien wollen. Darnach darf aber nicht unterstellt werden, dass Ulpian wegen Mangels einer diesbezüglichen ausdrücklichen Bestimmung im Testamente die Erben gleichwohl für liberirungspflichtig erklärt habe. Es geht dies um so weniger an, da Ulpian im Eingang der L. 57 die Liberirungspflicht des Erben für den Fall schlechthin verneint hat, dass der Testator „animo alio" gewesen ist.

So viel gegen Mühlenbruch. Die Arndts'sche, auf dem Florentinischen Text fussende Erklärung des Schlusssatzes unserer Stelle ist folgende (a. a. O. S. 140 ff.):

„Wenn nicht der Wille des Erblassers erklärt ist, dem Erben die Befreiung der Sache vom Pfandrecht durch Tilgung der Pfandschuld aufzubürden, aber auch keine bestimmte Anordnung darüber vorliegt, wem diese Last obliegen solle, namentlich nicht etwa die, dass der Legatar die Schuld übernehmen solle, so ist eben die Sache mit dem darauf haftenden Pfandrecht vermacht, der Legatar aber hat nun als der neue Eigenthümer gegenüber der Pfandklage des Gläubigers immer noch, wie gewöhnlich, die Möglichkeit, bevor er zahlt, die Abtretung der Schuldklage zu erwirken, und wenn er dies auch bei der Schuldzahlung unterlassen hat, so soll ihm doch die Klage gegen den Schuldner als utilis actio gewährt werden. Auf diese Weise ist ihm also der Rückgriff gegen den Schuldner, dieser sei nun der Erbe oder ein Dritter (hiezu Note 75 — s. unten) gesichert, und kann er folglich, sofern nur der Schuldner zahlungsfähig ist, das Vermächtniss seinem ganzen Inhalte nach gewinnen. Er hat nur nicht, wie in dem Falle, wo dem Erben ausdrücklich oder stillschweigend das onus luendi auferlegt ist, die Vermächtnissklage gegen diesen, dass er ihm die Sache befreit vom Pfandrecht gewähre."

Zu den bezeichneten Worten ist in der Note 75 bemerkt

„In der Stelle wird dies nicht unterschieden; man ist aber berechtigt, dabei vorzüglich an den Fall zu denken, wenn ein Dritter, oder wenigstens nicht der Erblasser, der Schuldner ist; denn in diesem Falle wird es am ersten vorkommen, dass der Erblasser von dem Pfandrechte nichts weiss."

Der Inhalt dieser Note und die Gewährung der Vermächt-

nissklage auf Liberirung der Sache vom Pfandrecht im Falle stillschweigender Belastung des Erben mit dem onus luendi stellen es ausser Zweifel, dass Arndts den Schlusssatz unserer Stelle ausschliessend auf den Fall der Vermächtnissanordnung bei Unkenntniss des Pfandnexus bezieht. Dass dies nicht angehe, ist bereits bemerkt worden. Zumal, wenn im Gegensatz zum Th. Mommsen'schen Aenderungsvorschlag an dem handschriftlichen „noluerit" festgehalten wird, ist es unabweislich, den Schlusssatz auf den Fall der Vermächtnissanordnung bei Kenntniss des Pfandnexus zu beziehen. Die Worte „ eo animo fuit, ut... noluerit" gehen auf das Wollen einer Negative und können nicht mit Arndts von der Nichterklärung eines bestimmten Willens verstanden werden. Die Nichterwähnung des fideicommissarius in dem Passus „non tamen... senserit" schliesst es ferner aus, den in der Konstruktion des Satzes mit quamquam und tamen hervortretenden Gegensatz in dem Sinne zu nehmen, in welchem er von Arndts genommen wird. Zudem würde die Arndts'sche Auslegung des Schlusssatzes gegen Ulpian den Vorwurf begründen, dass er im Eingange auf den Fall der Vermächtnissanordnung bei Unkenntniss des Pfandnexus in weitschweifiger und nicht zutreffender Weise zurückgekommen sei; hätte Ulpian in Wirklichkeit auf diesen Fall zurückkommen wollen, so würde er dies wohl geradezu mit einem Paar Worten gesagt haben.

Andererseits hat die Arndts'sche Erklärung des Schlusssatzes vor der Mühlenbruch'schen den wesentlichen Vorzug, dass sie das Recht des Vermächtnissnehmers, vom klagenden Pfandgläubiger gegen Befriedigung desselben Klagencession zu verlangen, nicht als blossen Ausfluss der Liberirungspflicht des Erben auffasst, hiernach die Vereinbarkeit des gedachten Rechtes mit der Nichtliberirungspflicht des Erben anerkennt und die Verschiedenheit der Rechtslage hervorhebt, je nachdem der Vermächtnissnehmer bloss das Recht auf Cession, oder aber einen Anspruch gegen den Erben auf Liberirung hat.

In letzterem Falle kann der Vermächtnissnehmer vom Erben verlangen, dass dieser sofort die vermachte Sache durch Bezahlung der Pfandschuld auslöse oder sonstwie vom Pfandnexus befreie und dadurch für ihn, den Vermächtnissnehmer,

die Eventualität beseitige, behufs Erhaltung des Besitzes eine Auslage machen zu müssen. Diese Befugniss hat der Vermächtnissnehmer auch dann, wenn die Pfandschuld eine betagte oder irgendwie bedingte ist. Der Erbe muss ferner die Liberirung der vermachten Sache bewirken, auch wenn ein Dritter der Pfandschuldner ist und trägt daher in diesem Falle das Risiko der Insolvenz des Dritten. Anders verhält es sich durchweg, wenn der Erblasser bestimmt hat, dass der Erbe nicht die Verpflichtung haben solle, die vermachte Sache vom Pfandnexus zu befreien.

Eine solche Bestimmung des Erblassers macht aber für sich allein die Pfandschuld nicht zu einer materiell eigenen Schuld des (das Vermächtniss nicht ausschlagenden) Vermächtnissnehmers. Dies erkennt Ulpian an, indem er sagt, dass der Vermächtnissnehmer von den gegen ihn mit der actio hypothecaria klagenden Gläubigern im Wege der exceptio doli Klagenabtretung fordern könne, und dass selbst, wenn er diese nicht zur rechten Zeit erwirkt haben sollte, das Rechtsprecheramt des Provinzvorstehers es ihm ermöglichen werde, dieselbe nachträglich zu erwirken. Ulpian hat, wie sich später zeigen wird, den Normalfall im Auge, dass es sich um eine eigene auf den (die) Erben übergegangene Schuld des Erblassers handelt. Es versteht sich aber von selbst, dass ganz dasselbe gelten muss, wenn der Erbe selbst oder ein Dritter der Schuldner ist. Der Vermächtnissnehmer kann also in dem jetzt vorausgesetzten Falle vom klagenden Pfandgläubiger, dem er den Betrag der Pfandforderung bezahlt oder bezahlt hat (s. unten S. 187 ff.), Klagencession erwirken und dann mit der cedirten Klage auf den Schuldner — sei dies der Erbe (als solcher oder von Anfang an) oder ein Dritter — zurückgreifen; er kömmt sonach wieder zu seinem Gelde, wenn nur der Schuldner zahlungsfähig ist. Das Vermächtniss hat, wenn dies der Fall, das Vermögen des Vermächtnissnehmers um den vollen Werthbetrag der Sache bereichert.

Nun kann aber der Erblasser weiter gehen; er kann verordnen, dass der Vermächtnissnehmer den Erben oder den dritten Schuldner von der Schuld zu befreien habe, also eine Schuldüberweisung auf den Vermächtnissnehmer vornehmen. In diesem

Falle ergibt sich durch das Vermächtniss eine Bereicherung für den Bedachten nur, wenn und soweit der Werth der Pfandsache den Betrag der Pfandschuld übersteigt. Der Erbe kann bei Entrichtung des Vermächtnisses Kaution wegen Erfüllung der Auflage verlangen; ist ein Dritter der Schuldner, so hat derselbe als Aftervermächtnissnehmer (vgl. L. 2 Cod. de his quae sub modo 6. 45) gegen den Vermächtnissnehmer einen Anspruch auf Liberirung von der Pfandschuld [3]. Kömmt der Vermächtnissnehmer seiner Liberirungspflicht nicht nach und muss in Folge dessen der Pfandschuldner den Gläubiger, für den die Schuldüberweisung nicht bindend ist, befriedigen, so hat der Pfandschuldner gegen den Vermächtnissnehmer einen Anspruch auf Entschädigung. Selbstverständlich kann folgeweise der Vermächtnissnehmer, wenn er die Pfandschuld bezahlt hat, nicht mit Erfolg den Rückgriff gegen den Pfandschuldner nehmen, auch nicht, wenn er vom Pfandgläubiger jura cessa erhalten hat. Der Pfandschuldner wäre, wenn er vom Vermächtnissnehmer mit der cedirten Klage des Pfandgläubigers belangt würde, in der Lage, derselben mit wirksamer doli exceptio zu begegnen. Dolo facit qui petit quod redditurus est: L. 8 pr. D. de doli mali exc. 44. 4; L. 173 § 3 D. de reg. jur. 50.17.

Eine Ueberweisung der Pfandschuld auf den Vermächtnissnehmer darf aber im einzelnen Falle nur angenommen werden, wenn deutlich ein diesbezüglicher Wille des Erblassers erhellt. Dies sagt Ulpian, indem er den Normalfall einer eigenen auf die Erben übergehenden Schuld des Erblassers unterstellt, implicite mit den Worten: „non tamen aperte utique de his liberandis senserit". Das „his" ist nicht, wie es gemeinhin und insbesondere von Mühlenbruch und Arndts geschieht, auf die praedia, sondern auf die zuletzt genannten heredes zu beziehen [4]. Hätte Ulpian im fraglichen Passus die Liberirung

[3]) S. übrigens Anhänge Nr. 9.

[4]) Mein am 13. Sept. 1887 verewigter hochverehrter Herr Kollege Geheimrath von Brinz, welchem ich diese Auslegung des fraglichen Passus mündlich mitgetheilt habe, hat sich mit derselben einverstanden erklärt und sie in der zweiten Auflage seines Pandektenlehrbuchs Bd. 3 Abthl. 1 § 415 Note 39 adoptirt.

der Grundstücke im Auge gehabt, so hätte er nicht „de his liberandis" sondern „de liberandis iis" geschrieben. Nur wenn man das „his" auf die Erben bezieht, erklärt sich in befriedigender Weise das vorausgehende „utique" d. h. „schlechterdings". Es geht nicht an, dieses Wort auf „aperte" zu beziehen, da, wie bereits dargelegt ist, im fraglichen Passus der Nachdruck nicht auf dem letzteren Worte liegen kann. Das „utique" ist vielmehr auf „de his" zu beziehen; es soll ausser Zweifel stellen, dass auf „his" der Nachdruck liege, dass darunter im Gegensatz zu den vorher als Liberirungsobjekt erwähnten Grundstücken die Erben zu verstehen seien. Ulpian will also sagen, dass, wenn gleich der Erblasser den Erben die Liberirungspflicht in Ansehung der vermachten Grundstücke erlassen habe, dennoch der Vermächtnissnehmer nach Befriedigung der gegen ihn klagend vorgegangenen Pfandgläubiger auf die Erben zurückgreifen könne, sofern nicht deutlich die Willensmeinung des Erblassers dahin gegangen ist, dass der Vermächtnissnehmer die Erben zu liberiren habe.

Eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers, dass die Erben von der Pfandschuld zu liberiren seien, ist von Ulpian für den Ausschluss des Rückgriffs auf die Erben nicht erfordert. Dies entspricht dem oben konstatirten Prinzip der L. 127 D. de legat I, L. 64 D. de legat. II und L. 11 § 19 D. de legat. III.

Nach Umständen wird auch füglich trotz Mangels einer diesbezüglichen Klausel im Testamente an dem Schuldüberweisungswillen des Testators nicht gezweifelt werden können. Man setze, dass das Vermächtniss wie folgt lautet: „Ich vermache dem X mein zwar mit M. 60 000 Hypothekschulden belastetes, aber auf M. 100 000 geschätztes Wohnhaus". Hier ist es sicherlich — auch wenn der Netto-Aktivnachlass bedeutend über M. 100 000 betragen sollte — gerechtfertigt zu sagen: testator aperte de herede liberando sensit. Vgl. Voet comm. ad pand. II. p. 337 nr. 27 [5]).

Der Schuldüberweisungswille des Erblassers darf aber nach Inhalt der L. 57 nicht schon deshalb angenommen werden,

[5]) Dernburg Pand. Bd. 3 § 109 S. 218 ist geneigt für das heutige Recht noch weiter zu gehen.

weil der Erblasser verordnet hat, dass der Erbe nicht gehalten sein solle, die vermachte Sache vom Pfandnexus zu befreien. Der Erblasser kann guten Grund gehabt haben, dem Erben diese Verpflichtung zu erlassen, auch wenn sein Wille nicht auf Schuldüberweisung gerichtet war. Dies selbst dann, wenn es sich um eine bereits fällige Pfandschuld handelt. Der Erblasser konnte nach Umständen der Meinung sein, dass der Gläubiger sein Forderungsrecht nicht alsbald geltend machen oder dem Erben auf sein Ersuchen kürzere oder längere Zahlungsnachsicht gewähren werde; diese günstige Chance wollte er seinem Erben erhalten, indem er ihn von der Liberirungspflicht befreite. Man setze nun aber, dass es sich um eine betagte oder auf Kündigung stehende Pfandschuld handelt. Verweigert der Gläubiger schlechthin die Freigebung der vermachten Sache — was er selbst dann thun kann, wenn ihm entsprechende anderweitige Sicherstellung angeboten wird (L. 6 § 2 D. quib. mod. pign. 20. 6, vgl. auch L. 5 § 2 eod.) —, so müsste der Erbe, wenn er die Sache alsbald zu liberiren hätte, die Pfandschuld vor der Zeit vollständig heimzahlen; er würde hiernach die Zwischenzinsen einbüssen oder für einen kürzeren oder längeren Zeitraum Kündigungszinsen zu entrichten haben. Im Falle einer (irgendwie) bedingten Pfandschuld hätte, wenn der bedingt Berechtigte die Freigebung der Sache schlechthin verweigert, die Liberirungspflicht des Erben zur Folge, dass letzterer des Vortheils der schwebenden, möglicherweise deficirenden Bedingung geradezu verlustig werden würde. Man wird nun allerdings in diesem Falle und wohl auch, wenn bei blos betagter oder auf Kündigung stehender Schuld die sofortige Bezahlung derselben ein relativ allzu hohes Opfer an Zwischen- oder Kündigungszinsen erheischen würde, arg. L. 71 § 3 D. de legat. I und L. 14 § 2 D. de legat. III berechtigt sein zu sagen, dass, wenn der Gläubiger sich weigert, anderweitige dem Werthe der Sache entsprechende Sicherheit subrogationsweise anzunehmen, der Erbe der ihm durch den Erblasser ausdrücklich oder stillschweigend auferlegten Liberirungspflicht dadurch genügen könne, dass er dem Vermächtnissnehmer für die Liberirung der Sache nach eingetretener Bedingung oder Fälligkeit der Schuld resp. nach Ablauf eines der Kündigungsfrist entspre-

chenden Zeitraums, folgeweise auch für die Vertretung desselben im Falle der Erhebung der Pfandklage gegen ihn hinlängliche Kaution bestellt. Immerhin bleibt aber die Möglichkeit von Verwickelungen und eines Prozesses mit dem Vermächtnissnehmer; der Erbe hat ferner die Kosten der Beschaffung anderweitiger Sicherheit, wenn der Gläubiger sich auf solche einlässt, eventuell die Kosten der dem Vermächtnissnehmer zu leistenden Kaution zu tragen, und ist im Falle der Pfandbestellung in der freien Verfügung über das Pfandobjekt gehindert. Liegt aber im Falle der betagten oder auf Kündigung stehenden Schuld die Sache so, dass dem liberirungspflichtigen Erben die sofortige Bezahlung der Schuld, für welche der Gläubiger anderweitige Sicherheit nicht annimmt, zugemuthet werden kann, wie dies insbesondere dann der Fall sein wird, wenn bei Verzinslichkeit der Schuld eine Kündigungsfrist lediglich zum Vortheile des Schuldners festgesetzt ist, so bleibt immer noch die Möglichkeit, dass der Erbe die zur Wegfertigung der Pfandschuld erforderlichen Geldmittel jetzt nur durch Schuldkontrahirung unter ungünstigen Bedingungen oder durch Veräusserung von Sachen, die zur Zeit niedrig im Preise stehen, flüssig zu machen im Stande ist, während bis zum Fälligkeitstermine eine zur Schuldbezahlung verwendbare und hinreichende Einnahme für ihn in Aussicht steht oder eine Preissteigerung bezüglich der zu veräussernden Sachen zu gewärtigen ist. Allem dem begegnet der Erblasser, indem er bestimmt, dass der Erbe nicht verpflichtet sein solle, die vermachte Sache vom Pfandnexus zu befreien.

Einleuchtend ist, dass aus der gedachten Bestimmung nicht der Schuldüberweisungswille gefolgert werden kann, wenn ein Dritter der Pfandschuldner ist. Indem der Erblasser verordnet, dass der Erbe nicht liberirungspflichtig sein solle, will er demselben ausser den mit der Pfandbefreiung möglicherweise verknüpften Mühen und Verwickelungen und den im Regresswege nicht verfolgbaren Liberirungsauslagen das Risiko der Insolvenz des Dritten abnehmen, nicht aber zu Gunsten des Dritten ein Aftervermächtniss anordnen.

Es sind nunmehr, bevor auf den Fall der Vermächtnissanordnung in Unkenntniss des Pfandnexus übergegangen wird, noch die Schlussworte unserer Stelle:

> poterit fideicommissarius per doli exceptionem a creditoribus, qui hypothecaria secum agerent, consequi, ut actiones sibi exhiberentur: quod quamquam suo tempore non fecerit, tamen per jurisdictionem praesidis provinciae id ei praestabitur.

näher ins Auge zu fassen.

Das Wort „quod" kann füglich nur auf das vorausgehende „consequi, ut actiones sibi exhiberentur" bezogen werden. Freilich heisst es: quod quamquam suo tèmpore non fecerit", und zuzugeben ist, dass das consequi etc. zwar ein Thun des Vermächtnissnehmers voraussetzt, aber nicht in einem blossen Thun desselben besteht. Allein es kömmt in Betracht, dass wenn die Klagencession zur rechten Zeit beansprucht wird, gewärtigt werden darf, dass der Magistrat resp. der Richter seine Schuldigkeit thun und der Gläubiger im eigenen Interesse sich nicht weigern werde, dem Verlangen des Beklagten zu entsprechen. Das consequi etc. lässt sich hiernach auf ein blosses Thun des Vermächtnissnehmers zurückführen.

Demgemäss haben wir als Sinn der Worte: quod quamquam suo tempore non fecerit folgenden anzunehmen: obgleich der Vermächtnissnehmer die Klagenabtretung nicht rechtzeitig erwirkt hat.

Was heisst nun aber „suo tempore"?

Die Glosse zu L. 57 deutet diese Worte in erster Linie unter Bezugnahme auf L. 41 § 1 D. de fidejuss. 46. 1:

> Modestinus libro 13 responsorum: Idem si in solidum condemnatus est unus ex mandatoribus, cum judicati conveniri coeperit, posse eum desiderare, ut adversus eos, qui idem mandaverunt, actiones sibi mandentur.[6])

im Sinne von „ante sententiam in hypothecaria latam". Demnach würde das folgende den Sinn haben, dass dem Vermächtnissnehmer, wenn er es, ohne Klagencession zu erwirken, zur Verurtheilung hat kommen lassen, noch der actio judicati gegenüber werde gestattet werden, im Wege der exceptio doli Klagenabtretung in Anspruch zu nehmen. Allein wenn Ulpian in den Schlussworten unserer Stelle die Möglichkeit der Geltendmachung

[6]) Vgl. auch L. 25 D. de adm. et per. 26. 7 (Ulp. libr. 13 ad ed.), L. 1 § 18 D. de tut. et rat. 27. 3 (Ulp. libr. 36 ad ed.).

des Rechtes auf Klagenabtretung im Wege der exceptio doli gegen die actio judicati hätte anerkennen wollen, so würde er dies wohl in anderer Weise, etwa mit folgenden Worten gethan haben: qua exceptione si suo tempore usus non fuerit, eam objicere poterit, cum judicati conveniri coeperit.

Ausgeschlossen ist wohl auch die Deutung der Worte „suo tempore" im Sinn von „in jure", wornach Ulpian gesagt hätte, dass, wenn der Vermächtnissnehmer es versäumt habe, die Inserirung der exceptio doli in die Formel der actio hypothecaria zu erwirken, der Vorsteher der Provinz ihm gegen dieses Versäumniss in integrum restitutio gewähren werde — vgl. Gajus IV 125[7]). Zunächst ist zu beachten, dass Ulpian die Hülfe des Provinzvorstehers für den Fall nicht rechtzeitiger Erwirkung der Klagenabtretung in Aussicht gestellt hat, nicht für den Fall nicht rechtzeitiger Geltendmachung des Rechtes auf Klagenabtretung; ferner dass ganz regelmässig da, wo in integrum restitutio verheissen wird, auch der technische Ausdruck in integrum restitutio oder restitutio substantivisch oder verbal gebraucht wird (vgl. z. B. Tit. Dig. 4. 1), was in unserer Stelle nicht geschieht. Des Weiteren ist zu behaupten, dass es der Inserirung der exceptio doli in die formula hypothecaria gar nicht bedurft habe, um dem judex die Berücksichtigung des vom Beklagten geltend gemachten beneficium cedendarum actionem zu ermöglichen und zur Pflicht zu machen. Da das Recht auf Klagenabtretung noch in der Exekutionsinstanz geltend gemacht werden kann, so ist es durch Nichtausübung desselben in jure nicht verwirkt, und macht sich, wenn der Beklagte in judicio darauf recurrirt, der Kläger durch Verweigerung der Klagencession gegen Befriedigung seiner Forderung jetzt eines dolus schuldig, dem der judex entsprechende Folge zu geben hat (vgl. Ulpian in l. 23 § 3 D. de cond. ind. 12. 6 verbis: poterit exceptione doli uti post secuti). Abgesehen hievon war die Inserirung der exceptio doli in die Formel behufs eventueller Wahrung des Rechtes auf Klagenabtretung schon durch den ständigen Bestandtheil der formula hypothecaria[8]):

[7]) Vgl. Eisele die materielle Grundlage der Exceptio, Berl. 1871 S. 112 ff.; Zimmermann Krit. Bemerkungen hiezu, Giessen 1872 S. 26.

[8]) Gegen Thon Zeitschr. f. R. G. Bd. 2 S. 265 ff. (und Arndts Pand. § 378 A. 1) vgl. Otto Lenel das edictum perpetuum S. 397.

eamque pecuniam neque solutam neque eo nomine satisfactum esse neque per Aulum Agerium stetisse[9]) quo minus solveretur

überflüssig gemacht.

Die Glosse zu L. 57 bemerkt in zweiter Linie, dass die Worte „suo tempore" auch im Sinne von ante „restitutam hypothecam per sententiam" verstanden werden können. Hiegegen ist jedoch — abgesehen davon, dass das Urtheil im Pfandrechtsstreit zur Zeit Ulpians nicht auf Herausgabe der Pfandsache ging (L. 21 § 3 D. de pign. 20. 1) — zu erinnern, dass das beneficium cedendarum actiorum dem vom Pfandgläubiger belangten, für die Pfandschuld nicht haftenden justus possessor der Pfandsache gegeben ist, also nach Befolgung des richterlichen arbitratus de restituendo seitens des Beklagten nicht mehr Platz greift.

Hiernach bleibt nur noch die von der Glosse in dritter Linie befürwortete Deutung der Worte „suo tempore" im Sinne von ante „solutionem".

In solcher Weise sind die Worte nach Inhalt des s. g. Tipucitus schon von den Verfassern der Basiliken verstanden worden (vgl. Basil. lib. 44 tit. 1 cap. 54 Heimbach tom. V pag. 338 — s. die folg. S.). Donellus comm. j. civ. lib. VIII cap. 19 in fine erkennt diese Deutung stillschweigend als die allein mögliche an, und aus neuerer Zeit ist mir kein Ausleger unserer Stelle bekannt, bei dem es sich anders verhielte.

In dem auf die Worte „quod quamquam suo tempore non fecerit" folgenden Worten kann das „id" nur — gleich dem vorausgehenden „quod" — auf „consequi ut actiones sibi exhiberentur" bezogen werden.

---

[9]) So Bachofen Pfandrecht S. 49, während Keller Krit. Jahrb. von Richter und Schneider Jahrg. 11 (22) S. 982 und Otto Lenel a. a. O. S. 397 Nr. 5 statt „stetisse" setzen: „stare", folgeweise „solvatur" für „solveretur". Für „stetisse" spricht m. E. ausser L. 19 C. de usur. 4.32 die Konsequenz der vorausgehenden Infinitiva Perfecti, dann die Analogie der actio constitutoria (vgl. L. 16 § 2, L. 18 D. de pec. const. 13. 5; Lenel a. a. O. S. 199), endlich die Erwägung, dass durch „stare" Fälle, wie der der L. 72 pr. D. de sol. 46 3, nicht getroffen sein würden; nicht gegen „stetisse" spricht m. E. L. 11 § 4 D. qui pot. 20. 4. S. übrigens auch Dernburg Pfandrecht Bd. 2 S. 307.

Darnach sagt Ulpian: auch wenn der Vermächtnissnehmer vor der Befriedigung der Pfandgläubiger von ihnen Klagencession nicht erwirkt habe, so werde es ihm dennoch durch das Rechtsprecheramt des Provinzvorstehers ermöglicht werden, Klagencession zu erwirken.

Diese Auslegung der Worte „tamen .... id ei praestabitur" findet sich schon in den Basiliken, resp. im s. g. Tipucitus, wo es heisst:

καὶ περὶ τοῦ, πότε δύναται ὁ ληγατάριος ἐναχθεὶς παρὰ τῶν δανειστῶν ἐκχωρεῖσθαι τὰς ἀγωγὰς αὐτῶν ἢ πρὸ καταβολῆς, ἢ καὶ μετὰ ταῦτα διὰ τοῦ ἄρχοντος. Heimbach l. c.:

Et de eo, quando legatario a creditoribus convento actiones eorum cedi possint vel ante solutionem, vel etiam post haec ope Praesidis.

Ebenso in der Glosse:

„officio judicis hoc consequitur legatarius, ut ei fiat cessio: ut subiicit, per jurisdictionem".

Desgleichen bei Ant. Negusantins tractatus de pignoribus et hypothecis pars V membrum 3 pars 1 nr. 38 (Tractatus de pign. et hyp. auctoribus A. Negusantio etc. Lugd. 1575 pag. 123), bei Donellus a. a. O. und bei vielen anderen älteren Schriftstellern.

In neuerer Zeit wird dagegen der Ausspruch Ulpians meist dahin verstanden, dass im Falle der Befriedigung des klagenden Pfandgläubigers durch den Vermächtnissnehmer der Pfandsache ohne vorgängige (oder gleichzeitige) Klagencession das Forderungsrecht des ersteren auf letzteren von Rechtswegen übergehe, für den Vermächtnissnehmer gegen den Pfandschuldner resp. dessen Erben eine actio utilis begründet sei.

Vgl. Mühlenbruch Cession § 44 Nr. 7 Aufl. 3 S. 473; Savigny Obl.-Recht Bd. 1 § 23 Not. z, bb; Zaun Arch. für prakt. Rechtsw. Neue Folge Bd. 1 S. 133 Note 87; Ihering Geist des röm. Rechts Bd. 3 § 58 Note 382; Schmid Grundlehren der Cession Bd. 1 S. 184, 284; Arndts bei Glück Thl. 46 S. 141 Note 74 (s. oben S. 181). Vgl. auch Windscheid actio S. 198, Pand. § 233 a Note 1, der gesetzlichen Forderungsübergang annimmt, aber nicht von actio utilis spricht.

Diese Auslegung der L. 57 in fine ist mit dem Wortlaute, demzufolge Ulpian dem Vermächtnissnehmer die Hülfe des Provinzvorstehers behufs Erwirkung nachträglicher Klagenabtretung in Aussicht stellt, meines Erachtens schlechterdings nicht vereinbar. Es kömmt hinzu, dass sich für eine ediktale oder auf kaiserlichen Reskripten beruhende actio utilis des dritten Besitzers der Pfandsache, welcher den klagenden Pfandgläubiger befriedigt hat, gegen den Pfandschuldner in den Quellen sonst kein sicherer Anhaltspunkt findet[10]).

Der letztere Grund steht nicht der Ansicht derjenigen entgegen, welche in den Schlussworten unserer Stelle den Ausspruch finden, dass in den Fällen der fraglichen Art der Vermächtnissnehmer die hinterherige Einräumung der actio des befriedigten Pfandgläubigers gegen den Pfandschuldner als actio utilis durch causa cognita ergehendes Dekret des Provinzvorstehers zu gewärtigen habe.

Vgl. Muther zur Lehre von der röm. Actio etc. 1857 S. 136; Karsten fingirte Cession 1874 S. 73 ff.; Brinz Pand. Aufl. 2 § 284 Not. 16, 20, 22.

Allein auch diese Ansicht scheitert an dem Wortlaut unserer Stelle.

---

[10]) Die von Schmid a. a. O. angeführten Stellen: L. 45 § 9 D. de jure fisci 49. 14 (Paul. lib. 5 sent.), L. 7. C. de obl. et act. 4. 10, L. 3 C. de neg. gest. 2. 19, L. 2 C. de deb. civ. 11. 32 sind nicht beweisend. Die erste Stelle (Qui pro alio a fisco conventus debitum exsolvit, non inique postulat persecutionem bonorum ejus, pro quo solvit: in quo etiam adjuvari per officium solet) schon deshalb nicht, weil es fraglich ist, ob die Wörter exsolvit und solvit als Perfecta zu nehmen seien (vgl. Cocceji exerc. curios. Vol. II pag. 1196 n. XIII); vgl. ausserdem L. 3, 7 C. de priv. fisci 7. 73, L. 11 C. de fidej. 8. 41, ferner L. 5 pr. D. de cens. 50. 15. In der zweiten Stelle setzt Krüger „offerant" statt „transferant", mit welcher sehr plausibeln Aenderung die Schmid'sche Argumentation zusammenfällt; aber auch wenn „transferant" belassen wird, ist die Stelle mit dem Erforderniss wirklicher Cession vereinbar. In L. 3 C. cit. liest Schmid „actionem utilem", während die Lesart „actionem eandem" (scil. neg. gestorum) zweifelsohne den Vorzug verdient (vgl. die Ausgabe von Krüger). In L. 2 C. cit. wird der Schuldner als durch die geleistete Zahlung liberirt erklärt, wonach es nicht angeht, die gegen ihn dem Zahlenden gewährte personalis actio als die auf den letzteren übergegangene actio des befriedigten Gläubigers zu qualificiren.

Dass Ulpian in den Schlussworten der L. 57 nur die Möglichkeit der Erwirkung nachträglicher Klagenabtretung habe konstatiren wollen, dafür ergibt sich ein gewichtiges Argument aus der gleichfalls dem 33. Buche Ulpians ad Sabinum entnommenen L. 32 § 5 D. de don. inter vir. et ux. 24. 1.

Ulpian handelt in der L. 32 cit. von der oratio Antonini Caracallae, zufolge welcher Schenkungen unter Ehegatten durch den Tod des Schenkers durante voluntate convalesciren. Der § 5 cit.[11]) lautet nun wie folgt:

> Si maritus ea quae donaverit pignori dederit, utique eum poenituisse dicemus licet dominium retinuit[12]). quid tamen, si hoc animo fuit, ut vellet adhuc donatum? finge in possessionem precariam mulierem remansisse paratamque esse satisfacere creditori. dicendum est donationem valere[13]): nam (et) si ab initio ei rem obligatam hoc animo[14]) donasset, dicerem vim habere donationem[15]), ut parata satisfacere mulier haberet doli exceptionem: quin immo et si satis-

[11]) Scipio Gentilis beginnt in seinem Werk de don. inter virum et uxorem lib. III cap. 13 (op. omn. IV pag. 354) die Erläuterung der L. 32 § 5 cit. mit folgenden Worten: „Haec Ulpianus, in quibus multa explicatu digna continentur." Was nun folgt (pag. 354—359), ist m. E. zum Theil äusserst bedenklich. Auch die Exegesen von Ant. Faber de err. Pragm. XLVI Err. 7 und Glück Komm. Thl. 26 S. 166 ff. haben mich nicht befriedigt. Aus der Zeit nach Glück ist mir keine eingehende Exegese der Stelle bekannt.

[12]) S. jedoch die (nicht glossirte) Nov. 162 cap. 1.

[13]) Ulpian unterstellt, dass bei der Verpfändung zwischen den betheiligten Personen ausgemacht worden ist, die Frau solle im Besitze der Sache verbleiben, wenn auch dem Gläubiger gegenüber in prekärem Besitz; hieraus folgert Ulpian die Fortdauer des Schenkungswillens. Des Weiteren nimmt er an, dass die Frau auch nach dem Tode des Mannes die Pfandberechtigung des Gläubigers durch Bereiterklärung zur Zahlung anerkennt, also diesem gegenüber nicht anfängliche Gültigkeit (vgl. l. 13 C. eod. 5. 16) oder rückwärts wirkende Convalescenz der Schenkung geltend macht. Darnach entscheidet Ulpian, dass die Schenkung zu Recht bestehe, d. h. dass sie die Geltung habe, welche ihr die Frau beilegt.

[14]) Hiezu kann nicht aus dem Vorhergehenden subintelligirt werden: „ut vellet adhuc donatum", vielmehr kann der Sinn nur folgender sein: wie im vorigen Falle in der Absicht, dass die Sache zugleich dem Gläubiger verpfändet und der Frau geschenkt sein soll.

[15]) Das folgende (ut ... actiones) bezieht Glück a. a. O. auf den von Ulpian zuerst besprochenen Fall, wornach der Passus nam ... vim habere donationem parenthetischen Charakter haben würde. Gewiss nicht mit

fecisset, potuisse eam per doli exceptionem consequi, ut sibi mandentur actiones.

Bei den Worten „ut parata . . . . exceptionem doli" kann nicht, wie z. B. Glück Komm. Thl. 26 S. 167 annimmt, an die rei vindicatio der Erben des Schenkers gedacht sein. Denn erstens heisst es im § 1 derselben Stelle „ut (moriente eo qui donavit) et ipso jure res fiant ejus cui donatae sunt etc.", die Vindication der Erben des Schenkers wäre also ipso jure nicht begründet[16]; zweitens würde, wenn in dem Satze „ut parata etc." und im folgenden, unzweifelhaft auf die Klage des Pfandgläubigers sich beziehenden Satze an verschiedene Kläger gedacht wäre, die Nichthervorhebung dieses Gegensatzes unbegreiflich sein; endlich wäre, wenn in dem Satze „ut parata etc." die Erben des Schenkers als Kläger vorausgesetzt wären, durch denselben anerkannt, dass die beschenkte Frau für die Pfandschuld materiell aufzukommen habe, während in den folgenden Worten das Gegentheil gesagt ist. Darnach sind die Worte „ut parata satisfacere mulier haberet doli exceptionem" auf die Klage des Pfandgläubigers zu beziehen und zwar sind dieselben dahin zu verstehen, dass die Frau in Folge der Convaleszenz der Schenkung als rechtmässige Besitzerin der Pfandsache anzusehen sei, daher (vgl. L. 19 D. qui pot. 20. 4), wenn sie bereit ist, dem gegen sie klagenden Pfandgläubiger Zahlung zu leisten, im Wege der exceptio doli Klagenabtretung verlangen könne. Das Wort „satisfacere" muss in der L. 32 § 5 cit. im Sinne von „solvere" genommen werden; denn auf ein satisfacere in anderem Sinne braucht sich der Gläubiger nach der Ulpianischen L. 6 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6 nicht einzulassen. Es muss ferner die exceptio doli auf die Geltendmachung des Anspruchs auf Klagenabtretung bezogen werden; denn Ulpian würde nicht von exceptio doli gesprochen haben, wenn er lediglich die Möglichkeit der Beseitigung des Pfandanspruchs durch Zahlungsleistung hätte konstatiren wollen (vgl. L. 6 § 1. cit.); zudem heisst es: „vim habere donationem, ut etc.", die Zuständigkeit der Einrede wird somit als Folge der Gültig-

---

Recht. Ulpian hätte, wenn er die Entscheidung des ersten Falles hätte fortsetzen wollen, schreiben müssen: ut mulier habeat doli exceptionem.

[16] Dass in der Nov. 162 cit. von exceptio die Rede ist, kann nicht entscheidend sein. Vgl. Arndts Pand. § 101 Anm. 1.

keit der Schenkung hingestellt, während, wenn es sich blos um die Beseitigung des Pfandanspruchs durch Zahlungsleistung handelte, nach L. 12 § 1 D. quib. mod. pign. 20. 6 auf die Convalescenz der Schenkung nichts ankommen würde[17]). Wenn nun Ulpian beifügt: „quin immo et si satisfecisset, potuisse eam per doli exceptionem consequi, ut sibi mandentur actiones", so kann es unmöglich seine Meinung gewesen sein, mit diesen Worten lediglich dem den Worten: „ut parata . . . . doli exceptionem" zu Grunde liegenden Gedanken einen vervollständigten Ausdruck zu geben (wonach „quin immo" mit „oder vielmehr" zu übersetzen wäre).; wenn Ulpian dies gewollt hätte, so würde er statt „et si satisfecisset, potuisse eam" einfach „posset" geschrieben haben; jedenfalls hätte er alsdann das „et" weggelassen und das „potuisse" im Sinne von „potuisset" nehmend statt „mandentur" geschrieben „mandarentur". Sicherlich geht es auch nicht an, das „satisfecisset" mit der Glosse im Sinne von „promisisset de satisfaciendo" zu verstehen. Hiernach ist anzuerkennen, dass in den Schlussworten der L. 32 § 5 cit. gesagt ist, dass die Frau, selbst wenn sie an den Pfandgläubiger bereits den Betrag der Pfandforderung bezahlt haben sollte, immer noch per doli exceptionem die Klagenabtretung durchsetzen könnte („potuisse" im Sinne von „posset" — dem entsprechend „mandentur", nicht „mandarentur[18]).

[17]) Diese Argumente würden nicht zutreffen, wenn die Worte „ut parata . . . doli exceptionem" auf das interdictum de precario des Gläubigers und nicht auf die actio hypothecaria zu beziehen wären. Dem interdictum de precario gegenüber könnte sich die Frau, die bereit ist zu zahlen, im Besitze der Sache nur erhalten im Wege einer auf die Convaleszenz der Schenkung gestützten exceptio doli. Nicht entgegen L. 11 D. de prec. 43. 26, welche Stelle ein precarium zwischen Pfandgläubiger und Schuldner voraussetzt: das precarium zwischen dem Pfandgläubiger und einem Dritten (Nichtverpfänder) darf, da ersterer dem Schuldner (Verpfänder) in Ansehung der Sache verantwortlich ist, nicht dahin ausgelegt werden, dass es mit der Zahlung der Pfandschuld erlöschen solle. In der L. 32 § 5 cit. ist nun allerdings von einem precarium die Rede, aber lediglich in Bezug auf den erstbesprochenen Fall, dass die Sache zuerst geschenkt und dann verpfändet worden ist, auf welchen Fall sich der Passus: ut parata etc. nicht bezieht (Note 15), und dürfte es als bedenklich erscheinen, beim zweiten Fall ein precarium zu subintelligiren.

[18]) Wäre der Passus „ut parata... doli exceptionem" auf das interdictum

Was heisst nun aber „per doli exceptionem"?

Meines Erachtens hat hier „per" die Bedeutung von „propter". Vgl. Dirksen manuale latinitatis s. v. „per" § 5 pag. 695. Ulpian will sagen, dass die Frau wegen oder in Kraft der doli exceptio, die sie gehabt hat oder vielmehr die sie bei jetziger Verweigerung der Klagencession im Nichtzahlungsfalle haben würde, die Klagencession immer noch ungeachtet der bereits erfolgten Zahlung zu erwirken in der Lage sei. In welcher Weise, darüber spricht sich Ulpian nicht aus. Ebensowenig rechtfertigt er die Möglichkeit nachträglicher Klagencession.

Nicht viel anders verhält es sich mit der L. 57 de legat. I, wofern meine obige Auslegung der Schlussworte dieser Stelle richtig ist. Ulpian setzt die Möglichkeit der Klagencession nach erfolgter Befriedigung stillschweigend voraus und begnügt sich damit, dem Vermächtnissnehmer die Hülfe des rechtsprechenden Magistrats zur Erwirkung der nachträglichen Klagencession in Aussicht zu stellen. Wie er sich die Bethätigung der jurisdictio praesidis provinciae, die Herbeiführung des Erfolges der Klagenabtretung durch dieselbe gedacht habe, ist aus der Stelle nicht zu entnehmen.

Immerhin erkennt Ulpian in beiden Stellen nicht blos die Möglichkeit, sondern auch die Erzwingbarkeit der Klagencession nach geleisteter Zahlung an.

Dies ist ein Fortschritt gegenüber dem Ausspruch Ulpians in L. 25 D. de adm. et per. tut. 26. 7, welche dem 13. Buch ad edictum angehörige, hiernach (vgl. Fitting über das Alter der Schriften röm. Jur. S. 43) als vor der L. 57 cit. und der L. 32 § 5 cit. geschrieben zu erachtende Stelle folgendermassen lautet:

> Si minoris actum fuerit cum tutoribus adsistentibus curatoribus et pupillus ob hoc egerit cum curatoribus et ei sint condemnati in id quod sua intererat minoris tutores culpa eorum condemnatos non esse: an restitutio adversus tutores cesset? et Papinianus responsorum libro secundo ait nihilo minus posse restitui et idcirco curatores, si nondum judi-

de precario zu beziehen, so würden die Worte „quin immo et" im Sinne von „ja sogar auch" keine Schwierigkeit machen. Allein die Worte „si satisfecisset" im Zusammenhalt mit dem „mandentur" würden doch dazu nöthigen, den Schlusspassus so, wie es oben geschehen, zu verstehen.

catum fecerunt, posse provocantes per exceptionem doli consequi, ut eis mandentur adversus tutores actiones[19]). quid tamen si jam fecerunt judicatum curatores? proderit hoc tutoribus, quoniam nihil minori abest, qui de praeda magis quam de damno sollicitus est, nisi forte mandare actiones paratus sit curatoribus[20]).

In dem Schlusssatze ist nur die Möglichkeit der Klagencession nach erfolgter Zahlung, nicht auch die Erzwingbarkeit derselben statuirt. Die Möglichkeit der Klagencession ist hinwieder — wie in der L. 57 und der L. 32 § 5 — statuirt ohne irgend welche Begründung, trotzdem dass vorgehend gesagt ist, dass den Tutoren die von den Curatoren geleistete Zahlung zu statten komme, weil dem minor nichts abgehe.

Die Frage, wie in der L. 57 und in der L. 25 cit. (bezüglich der l. 32 § 5 cit. s. oben S. 195 Z. 15) die Fortdauer der actiones der befriedigten Pfandgläubiger resp. des befriedigten minor zu erklären sei, hat schon die Glossatoren beschäftigt[21]), wogegen auf die Frage, wie die in L. 57 in Aussicht gestellte Bethätigung der jurisdictio praesidis provinciae zu denken sei, welches Rechtsmittel dem Vermächtnissnehmer behufs Erwirkung nachträglicher Klagencession zu Gebote stehe, in der Glosse nicht eingegangen ist.

Ueber beide Fragen verbreitet sich Donellus a. a. O. in Besprechung der L. 57 — auf die L. 32 § 5 D. cit. und die L. 25 cit. keine Rücksicht nehmend — in folgender Weise:

„Quo loco quaedam occurrunt, quae... hanc sententiam (Ulpiani) impediant, quae paucis diluenda sunt. Ac primum re in judicio transacta inter legatarium et creditores, quae potest fieri cessio actionum ab his, qui actiones eas habere desierunt? Legatarius cum hypothecaria conveniretur, nulla exceptione usus coactus est pecuniam solvere l. (16) si fundus § (3) in vindicatione D. de pig. Pecunia soluta etiam obligatio principalis sublata

[19]) Das bis hierher reichende Responsum Papinians findet sich mit etwas anderen Worten in L. 20 § 1 D. de tut. et rat. 27. 3.

[20]) Vgl. Keller Litiskontestation S. 531 f., Mühlenbruch Cession S. 449, Ribbentrop zur Lehre von den Correal-Obligationen S. 87 Note 4.

[21]) S. die folgende Note. — Es versteht sich, dass sich mit obiger Frage auch diejenigen abfinden müssen, welche in der L. 57 in fine einen Fall dekretaler utilis actio erblicken.

est. Inst. quib. mo. tol. obl. atque hoc modo heres debitor liberatus. quo liberato nullae sunt amplius adversus eum actiones. Quomodo igitur cedant creditores eos actiones, quas non habent? id quidem neque natura neque juris ratio et regula concedit. l. (54) nemo plus D. de reg. jur. idque ipsum in hac specie nominatim responsum in l. (76) Modestinus D. de sol. Respondeo, cum legatarius hypothecaria conventus pecuniam solvit creditoribus, ita futurum fuisse, ut tolleretur obligatio et actio principalis, si legatarius solveret nomine heredis, ejusdemque debitoris. Nunc autem nomine debitoris non solvit, sed suo. non enim solvit, ut debitorem liberaret, sed ut rem suam, quae ex caussa legati ejus facta est, liberaret obligatione pignoris [22]). Ideo et obligatio principalis semper manet, et inde in personam actio adversus heredem. quamobrem et cedi ea recte potest. In qua sententia et Papiniani responsum est diserte scriptum in l. (28) Papinianus D. mand. — Rursum quaeritur quomodo legatarius possit agendo consequi a creditoribus, ut cedant suas istas actiones. Constat enim, si quis nullam actionem habuit, quam intenderet, non habere eum facultatem alios judicio conveniendi l. (6) si pupilli (resp. l. 5 item si) § ult. D. de neg. gest. Et quam hic actionem habere possit adversus creditores, cum quibus nihil contraxit, nullum negotium gessit? fatendum est, nullam eum habiturum fuisse, si quidem hoc vere diceretur, legatarium in proposito nullum cum creditoribus negotium gessisse, nihil contraxisse. Sed gessit, contraxit, cum his, cum illis pecuniam solvit. Solvit enim hac mente, atque hac lege, ut illi ab omni obligatione pignoris ipsius gratia discederent. proinde ut eos actiones deponerent, quas habent pignoris persequendi caussa, idque in rem et utilitatem legatarii. Id vero ita fit, si illi depositas a se actiones in legatarium transferant. Hinc negotium tacite gestum de actionibus legatario, si postularet, cedendis. Erit igitur ei ad id consequendum actio praescriptis, tanquam negotio civili gesto, ex quo haec nascitur actio. Dedit enim pecuniam

---

[22]) Glosse: „magis enim suae rei liberandae causa solvisse videtur, quam causa heredis: . . . . et ideo non tollitur actio.“ Uebereinstimmend erklärt Negusantius a. a. O. Klagencession noch nach erfolgter Zahlung für möglich „ea ratione, quia legatarius non solvit animo liberandi heredem a debito principali, sed solum animo luendi rem legatam.“

creditoribus, ut illi facerent, id est, actiones suas cederent. Ex quo genere maxime, cum non est alia vulgaris et usitata actio, constat esse praescriptis verbis in factum actionem l. 2. l. 5 in pr. D. de praes. verb. l. (7) juris gentium in princ. D. de pact."

So Donellus. Meines Erachtens ist demselben insoweit beizupflichten, als er die von Ulpian angenommene Fortdauer der actiones nach erfolgter Zahlung des Betrages der Pfandforderungen darauf zurückführt, dass der Vermächtnissnehmer im eigenen, nicht im Namen der Erben des Pfandschuldners, in der Absicht der Ablösung, nicht der Tilgung der klägerischen Forderungen Zahlung geleistet habe; nicht aber kann es gebilligt werden, dass Donellus die actio praescriptis verbis als das Rechtsmittel erklärt hat, mit welchem die Klagencession gefordert werden könne.

Zahlt der vom Pfandgläubiger belangte dritte Besitzer den Betrag der Pfandforderung an den Kläger unter ausdrücklicher Inanspruchnahme der (vorher nicht vereinbarten) Klagencession, so kann füglich kein Zweifel darüber sein, dass durch die Zahlung die actiones des Zahlungsempfängers nicht erloschen sind. In Folge des gemachten Vorbehaltes charakterisirt sich die Zahlung als anticipirte Zahlung des Kaufpreises für die Pfandforderung, deren Ankauf gleichzeitig offerirt worden ist. Erfolgt demnächst durch den Zahlungsempfänger die Klagencession, so liegt ein beiderseits vollzogener Kaufvertrag vor. Erklärt der Zahlungsempfänger Cession ertheilen zu wollen, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend dadurch, dass er den ihm unter Inanspruchnahme der Cession behändigten Forderungsbetrag ohne Widerspruch entgegennimmt, so ist der offerirte Kaufvertrag zu Stande gekommen und für den Zahlenden die actio emti auf Vornahme der Cession begründet [23]), weshalb auf die

[23]) Von einem Falle solcher Art handelt m. E. die L. 86 D. de fidejuss 46. 1. (Paulus libro 14 ad Plaut.); nur setzt sie im Eingange voraus, dass der durch die widerspruchslose Annahme des Gezahlten zu Stande gekommene Kaufvertrag auch seitens des Verkäufers bereits vollzogen sei. — Ihering Geist des röm. R. Thl. II. § 41 S. 359 bemerkt (unter Bezugnahme auf L. 76 D. de sol. 46. 3), dass es den römischen Juristen, indem sie der Zahlung des Bürgen die Bedeutung eines Kaufs der Forderung beilegten, in höchst ungezwungener, überzeugender Weise gelungen

actio praescriptis verbis nicht rekurrirt zu werden braucht. Verweigert aber der Zahlungsempfänger unter Einbehaltung des Gezahlten die Cession oder verzögert er unter Umständen, unter

---

sei, die Möglichkeit der Klagencession nach erhaltener Zahlung als mit dem Grundsatz, dass die Obligation durch Zahlung untergeht, nicht im Widerspruch stehend nachzuweisen. Nach Ansicht anderer Schriftsteller ist die Annahme eines Kaufvertrages eine blose Fiktion der römischen Juristen (Girtanner Bürgschaft S. 536 f., Hartmann Obligation S 46—52, Jahrbuch für Dogm. B. 17 S. 108), eine nicht sehr treffende Denkform (A. Pernice Zeitschrift für Hand.-Recht Bd. 21 S. 323), ein Nothbehelf (Steinlechner Grünhut's Zeitschrift Bd. 3 S. 718). Scheurl Münch. Krit. V.-J.-Schr. Bd. 18 S. 504 spricht im Anschluss an das „quodammodo" der L. 36 cit. von einem Quasiverkauf. Ich stehe im wesentlichen auf dem Standpunkt Ihering's. Dass es dem zahlenden Bürgen darum zu thun ist, seine Verbindlichkeit gegen den Gläubiger zu tilgen und dass letzterer sich zur Klagencession herbeilässt, weil er ausserdem in Folge des ben. ced. act. des Bürgen seinen Anspruch gegen diesen einbüssen würde, steht m. E. der Annahme eines wirklichen Kaufvertrags nicht entgegen. Hinwieder gebe ich zu, dass die Rechtslage des Käufers resp. Cessionars durch die besonderen Umstände beeinflusst wird, die zum Abschluss des Kaufvertrags geführt haben. „Die Construction der Cession als Forderungskauf darf nicht gepresst werden" sagt Böhlau in der Zeitschrift f. Hand.-Recht B. 18 S. 412 unter Bezugnahme auf Schliemann Haftung des Cedenten S. 69, 130 ff. und die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts B. 4 S. 328 (Seuffert's Archiv B. 26 Nr. 241). Das letztere Allegat weist einen Fall auf, in welchem das Reichsoberhandelsgericht den zahlenden Bürgen zu seinen Ungunsten nicht als gewöhnlichen Cessionar behandelt hat. Es ist aber auch eine Sachlage möglich, bei welcher der zahlende Bürge zu seinen Gunsten anders zu behandeln ist wie ein gewöhnlicher Cessionar. Man setze, dass einer von mehreren Bürgen, der sich vom Schuldner einen Rückbürgen hat stellen lassen, vom Gläubiger gegen Bezahlung der Forderung desselben jura cessa gegen Schuldner und Mitbürgen erhalten hat; er hat dadurch seinen Anspruch gegen den Rückbürgen nicht eingebüsst, während er auf denselben nicht greifen könnte, wenn die an den Gläubiger geleistete Zahlung lediglich als Kaufpreiszahlung zu qualificiren wäre. (Die Frage ist sogar, ob in diesem Falle der zahlende Bürge nicht geradezu verpflichtet war, vom ben. ced. actionum Gebrauch zu machen, um seinerseits dem Rückbürgen Cession ertheilen zu können. Vgl. hierüber Seuffert's Archiv B. 42 Nr. 208.) Vgl. noch Friedrich Keil zur L. v. d. ben. ced. act. Halle 1880 (Inaug. Diss.), bes. S. 29. — Ueber das Verhältniss der L. 36 cit. zu L. 76 cit. siehe Seuffert's Archiv Bd. 42 Nr. 207 (reichsgerichtliches Erk. v. 9. Nov. 1886). In Betreff der Schlussworte der L. 36 cit. s. unten S. 205, in Betreff der L. 76 cit. unten Note 26.

welchen die stillschweigende Entgegennahme des Gezahlten nicht als Acceptation des offerirten Vertrags gedeutet werden kann, die Abgabe einer Erklärung, so ist für den Zahlenden die condictio causa data causa non secuta begründet auf Rückerstattung des Gezahlten[24]). Diese Eventualität ist ein weiterer Grund für die Fortdauer der actiones des Zahlungsempfängers: vgl. L. 61 D. de solut. 46. 3. Von der actio praescriptis verbis auf Klagencession kann in diesem Falle schon deshalb keine Rede sein, weil kein obligatorischer Vertrag zu Stande gekommen ist.

Von der Rückgabepflicht kann sich der Empfänger nicht wider den Willen des Zahlenden durch nachträgliches Anerbieten der Klagenabtretung befreien. Dies wäre von Bedeutung für den Fall, wenn zufolge mittlerweile veränderter Umstände das jetzige Interesse des Zahlenden dahin ginge, die Pfandsache herauszugeben und dafür das Gezahlte zurückzufordern: man setze, die Pfandsache sei minderwerthig geworden und jetzt nicht so viel werth als an den Gläubiger gezahlt worden ist; zugleich sei der Pfandschuldner insolvent geworden. Hinwieder würde gegen die condictio causa data causa non secuta eine doli exceptio erwachsen, wenn der Zahlende einfach auf Grund der geleisteten Zahlung, ohne vor Gericht die Klagencession in Anspruch zu nehmen, die Absolution im Pfandrechtsstreit beantragt und erwirkt hätte.

All dies gilt gleichmässig, mag nun dem unter Inanspruchnahme der Klagenabtretung Zahlenden ein Recht auf dieselbe zugestanden haben oder nicht. Im übrigen wird sich aber das Verhältniss verschieden gestalten, je nachdem das eine oder das andere der Fall war, resp. je nachdem der Richter, bei dem der Pfandrechtsstreit anhängig gemacht ist, den vor ihm geltend gemachten Anspruch des Beklagten auf Klagenabtretung für begründet erachtet oder nicht. Im letzteren Falle wird der Richter, wenn der Beklagte weder den bei der Zahlung gemachten Vorbehalt fallen lässt, d. h. auf sein Rückforderungsrecht verzichtet, noch die Pfandsache herausgibt, denselben verurtheilen müssen. Im ersteren Falle hingegen wird der Richter den Be-

---

[24]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 5 Nr. 7.

klagten nur dann verurtheilen können, wenn derselbe weder die Sache herausgibt noch sich bereit erklärt vom Kläger statt Rückzahlung des Empfangenen Klagenabtretung anzunehmen. Wird diese Erklärung abgegeben, so muss der Beklagte auf Grund seines beneficium cedendarum actionum freigesprochen werden. Fordert demnächst der absolvirte Beklagte das Gezahlte zurück, so steht dem Zahlungsempfänger, wenn er zur Klagenabtretung bereit ist, doli exceptio zur Seite. Würde aber der Zahlungsempfänger jetzt noch sich weigern, Klagencession zu ertheilen, so hätte er das Empfangene zurückzuzahlen, ohne von Neuem seinen Pfandanspruch geltend machen zu können, da demselben exceptio rei judicatae entgegenstehen würde. Hiernach ist der Zahlungsempfänger durch sein eigenes Interesse genöthigt, jura cessa zu ertheilen. Geschieht dies, so lässt sich sagen, dass der Besitzer der Pfandsache die nachträgliche Klagenabtretung der in seiner Person für den Fall der Cessionsverweigerung begründet gewesenen doli exceptio verdanke: er hat die Klagencession nicht im Wege der doli exceptio, wohl aber wegen derselben erwirkt.

Zur Zeit des ordo judiciorum privatorum konnte sich im Falle der Zahlungsleistung seitens des Beklagten während der Verhandlungen in jure die vorgedachte Nöthigung für den Kläger dadurch ergeben, dass der Magistrat in Anerkennung des Rechtes des Beklagten auf Klagenabtretung auf bezüglichen Antrag und Bereiterklärung desselben, die nachträgliche Klagenabtretung an Stelle der Rückzahlung des Empfangenen annehmen zu wollen, dem Kläger in definitiver Weise die jurisdictio in Ansehung seines Pfandanspruchs denegirte.[25])

Der ausdrücklichen Inanspruchnahme der Klagenabtretung steht es gleich, wenn der Zahlende erklärt, dass er die Pfandforderung ablösen oder dass er den Kläger für die Forderung abfinden wolle, oder wenn er sonstwie zum Ausdruck bringt, dass er beabsichtige die Forderung für sich zu erwerben.

Wir werden noch weiter zu gehen haben. Wenn der vom Pfandgläubiger belangte dritte Besitzer der Pfandsache, dem das beneficium cedendarum actionum zusteht, den Betrag der Pfand-

[25]) Vgl. L. 26 § 6 D. ex quib. causis majores 4. 6 und dazu Bethmann-Hollweg röm. Civ.-Proc. Bd. 2 § 106 Note 76.

forderung an den Kläger bezahlt hat und dies nicht Namens des Pfandschuldners geschehen, auch nicht sonstwie ein Verzicht auf die Klagencession zum Ausdruck gebracht worden ist, so ist ohne Weiteres zu unterstellen, dass die Zahlung in eigenem Namen zum Zwecke der Ablösung der Forderung, nicht in der Absicht ihrer Tilgung stattgefunden habe, und ist das Nichthervortreten des Ablösungswillens bei der Zahlungsleistung darauf zurückzuführen, dass der Zahlende die demnächstige Klagenabtretung aus eigener Initiative des Zahlungsempfängers gewärtigt hat. Demgemäss muss, wenn demnächst die Klagencession erfolgt oder versprochen wird, dies als rechtswirksamer Akt angesehen werden.[26]) Gegentheiligen Falles muss der Zahlende

[26]) Die in continenti erfolgte Klagencession oder Zusage der Klagencession müsste m. E. als ein rechtswirksamer Akt selbst dann angesehen werden, wenn die Zahlung Namens des Pfandschuldners erfolgt wäre. Denn aus der sofortigen Klagencession oder Zusage derselben wäre zu folgern, dass der Gläubiger die Zahlung nicht in dem Sinne angenommen habe, in welchem sie geleistet worden ist, sondern als Zahlung einer Ablösungssumme. Ich berufe mich auf L. 76 D. de solut. 46. 3. Diese viel besprochene Stelle Modestins ist in ihrem ersten Theile, wie ich glaube, von dem Falle zu verstehen, dass nach Feststellung des Gesammtguthabens des Mündels gegen seine bisherigen Tutoren — etwa durch Verhandlung zwischen den letzteren und dem nunmehrigen Curator des Mündels — einer der Tutoren den Betrag des Gesammtguthabens sofort aus eigener Initiative ohne irgend welchen Vorbehalt gezahlt hat. Dieser Vorgang war dahin aufzufassen, dass der Zahlende die Absicht gehabt habe, für sich und seine Mittutoren Zahlung zu leisten, also sämmtliche Tutoren durch die Zahlung zu liberiren. Gleichwohl erkennt Modestin implicite an, dass, wenn in continenti Klagencession seitens des Mündels erfolgt wäre, dies ein rechtswirksamer Akt sein würde. Nur für den Fall, dass die Klagencession post aliquid intervallum stattgefunden hat, wird entschieden: nihil ea cessione actum, cum nulla actio superfuerit. Vgl. L. 1 Cod. de contr. jud. tut. 5. 58. Ist in dem zur Frage stehenden Falle Klagencession nicht in continenti ertheilt oder zugesichert worden, so kann sie auch nicht durch Ertheilung von utiles actiones gemäss L. 1 § 13 D. de tut. et rat. 27. 3, L. 2 C. 5. 58 ersetzt werden: vgl. Savigny Obl.-R. Bd. 1 S. 255. (Die in diesen Stellen dem zahlenden Mitvormund gewährte utilis actio ist wohl mit Savigny a. a. O. S. 254 Note c und Brinz Pand. Aufl. 2 § 236 Note 35, § 284 Note 16, 20 als utilis tutelae actio aufzufassen und nicht mit Windscheid Pand. § 443 Note 16 als Regress-Klage. Wäre sie letzteres, so würde sie im Falle der L. 76 cit. pr. dem zahlenden Mittutor natürlich zustehen.)

allerdings die unterbliebene Klagencession sofort reklamiren, indem seine Passivität die Vermuthung begründen würde, dass er bei der Zahlung nicht die Absicht gehabt habe, die Forderung abzulösen. Ist Reklamation zur rechten Zeit erfolgt und hat darauf der Zahlungsempfänger die Klagencession verweigert oder die Abgabe einer Erklärung verzögert, so ist dem Zahlenden die condictio causa data causa non secuta mit den vordargelegten Konsequenzen erwachsen.[27])

Würde vom Zahlungsempfänger behauptet werden, dass die Zahlung Namens des Pfandschuldners erfolgt oder sonstwie auf die Klagencession verzichtet worden sei, so träfe sicherlich ihn die Beweislast. Im Zweifel muss angenommen werden, dass der Beklagte suo nomine gezahlt und auf kein ihm zustehendes Recht verzichtet habe.

Weder in L. 25 cit., noch in L. 57 noch in L. 32 § 5 cit. weist etwas auf die Unterstellung des Zustandekommens eines Kaufvertrags resp. von Kaufverträgen hin. Aber für unbedenklich halte ich die Annahme, dass Ulpian Zahlung unter Inanspruchnahme oder mit sofort nachfolgender Inanspruchnahme der Klagencession, folgeweise Zahlung in der Absicht der Ablösung der klägerischen Forderung resp. Forderungen vorausgesetzt und deshalb die actiones als fortdauernd erachtet habe.

Ob hinwieder Ulpian in den letzteren zwei Stellen die Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf nachträgliche Klagencession sich so zurecht gelegt habe, wie es vorstehend geschehen ist, ob er insbesondere in den Schlussworten der L. 57 die denegatio jurisdictionis in Betreff des Pfandanspruchs unter Aufrechthaltung des Rückforderungsrechtes des Vermächtnissnehmers für den Fall unterbleibender Klagencession im Auge gehabt habe, lässt sich allerdings in Frage ziehen. Das Wahrscheinliche ist mir,

— Gesetzt, dass in dem ersten Falle der L. 76 cit. die gezahlte Summe einen auf nicht rechtzeitiger Belangung eines Mündelschuldners beruhenden Ersatzposten in sich schliessen würde, so könnte in soweit in der Richtung gegen den Mündelschuldner Klagencession auch post aliquid intervallum ertheilt und darauf mit der contraria tutelae actio geklagt werden, weil der fragliche Betrag nicht im Namen des Mündelschuldners gezahlt worden wäre: L. 95 § 10 D. de sol. 46. 3.

[27]) Vgl. Windscheid Pand. § 98 Note 5.

dass die Meinung Ulpians in beiden Stellen die gewesen sei, der Magistrat werde wegen der doli exceptio, welche der (resp. die) Beklagte bei jetziger Verweigerung der Klagencession im Nichtzahlungsfalle haben würde, entweder den Klägern (resp. dem Kläger) geradezu unter Strafandrohung die Auflage machen, die Klagen zu cediren oder dem (resp. der) Beklagten eine utilis oder in factum actio auf Vornahme der Klagencession einräumen.

Hienach glaube ich für das justinianische und für das heutige gemeine Recht den Satz befürworten zu sollen, dass der Pfandbeklagte, welchem das beneficium cedendarum actionum zusteht, wenn er an den Kläger zum Zwecke der Ablösung der Forderung desselben Zahlung geleistet hat, ohne Klagencession zu erwirken, eine Klage gegen denselben auf Vornahme der Cession habe.

Ist auf diese Klage hin der Zahlungsempfänger rechtskräftig verurtheilt, so ist gemäss § 779 der deutschen Civilprocessordnung die Cession als erfolgt anzusehen. Die Klage kann als Widerklage im Pfandrechtsstreit erhoben werden (vgl. C. P. O. § 33, 251).

Konsequenz der einstweiligen Fortdauer der actiones in der Person des Zahlungsempfängers wäre an sich, dass dieser noch gegen den Pfandschuldner und dessen etwaige Bürgen klagend vorgehen und statt dem Cessionsberechtigten einem Dritten mit Erfolg jura cessa ertheilen könnte.

Die römischen Juristen scheinen indessen auf dem hier fraglichen Punkte sich über das, was die Konsequenz erheischt, im Interesse des materiellen Rechtes hinausgesetzt zu haben. So Ulpian in der L. 25 cit. (s. oben S. 197); ferner Papinian in der Ulpianischen L. 28 D. mand. 17.1, sofern aus dem ipso jure dieser Stelle zu folgern ist, dass der Klage des Zahlungsempfängers selbst doli exceptio entgegenstehen würde (vgl. Brinz Pand. Aufl. 2 § 257 Note 10), so wohl auch Paulus in den Schlussworten der L. 36 D. de fidej. 46. 1[28]) „et ideo habet actiones, quia tenetur ad id ipsum, ut praestet actiones", in denen m. E. implicite ausgesprochen ist, dass die actiones des Zahlungsempfängers für ihn selbst ein nudum jus seien. Vgl. Azo Summa aurea recens in Codicem (Lugd. 1557) Tit. de

[28]) Vgl. Note 23.

fidejuss.: Et erit hic notandum quia licet actio quae ceditur inutilis esset penes cedentem est tamen utilis penes eum cui ceditur (d. h. bei dem Cessionsberechtigten als wirklichem Cessionar).

Wird hiernach angenommen, dass in dem Falle der L. 57 in f. die Gläubiger ihre actiones nicht selbst mehr mit Erfolg anstellen, auch nicht darüber zu Gunsten Dritter mit Wirksamkeit verfügen können, so ist das praktische Ergebniss nicht wesentlich verschieden von dem, zu welchem die Ansicht führt, dass in der L. 57 in fine ein Fall gesetzlichen Forderungsüberganges enthalten sei.

Im Bisherigen ist die L. 57 de legatis I erörtert worden, soweit sie (ausschliessend) den Fall der Vermächtnissanordnung bei Kenntniss des Pfandnexus behandelt.

Für den gegentheiligen Fall entscheidet Ulpian: „a fideicommissario" scil. luenda est res obligata, „nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam." An diese Worte reihen sich, in den meisten Ausgaben durch blosses Komma getrennt, die Worte an: „vel potest aliquid esse superfluum exsoluto aere alieno."

Die Worte „a fideicommissario" scil. luenda est res obligata können nicht den Sinn haben, dass der Vermächtnissnehmer zur Liberirung der Sache verpflichtet sei. Denn an dieser hat ja lediglich der Vermächtnissnehmer selbst ein Interesse.

Nur folgende zwei Deutungen sind möglich. Die gedachten Worte besagen entweder, dass der Vermächtnissnehmer, wenn er die Sache frei haben wolle, selbst dafür Sorge tragen und zu diesem Behufe erforderlichen Falles die Pfandschuld bezahlen müsse, oder es besagen die gedachten Worte, dass der Vermächtnissnehmer die Sache in Wirklichkeit auszulösen, d. h. dieselbe durch Tilgung der Pfandschuld auf eigene Rechnung pfandfrei zu machen habe.

Bei der ersten Deutung werden die Worte luenda est res obligata in Beziehung auf den Vermächtnissnehmer nicht im Sinne einer rechtlichen Verpflichtung genommen, bei der zweiten Deutung wird für den Vermächtnissnehmer der Inhalt der Verpflichtung anders bestimmt, als für den Erben.

Meines Erachtens ist nun der zweiten Deutung der Vorzug zu geben. Ulpian hat für den Fall der Vermächtnissan-

ordnung in Unkenntniss des Pfandnexus die Regel aufgestellt, dass der Vermächtnissnehmer die Pfandschuld materiell überkomme.

Wäre es Ulpians Meinung gewesen, dass im gedachten Falle nur die Liberirungspflicht des Erben entfalle, dass für den Vermächtnissnehmer die Möglichkeit bestehe, nach Befriedigung des klagenden Pfandgläubigers mittelst cedirter Klage desselben auf den Pfandschuldner den Rückgriff zu nehmen, so würde Ulpian sicherlich es nicht unterlassen haben, letzteres zusätzlich zu dem das beneficium cedendarum actionum lediglich für den Fall der Vermächtnissanordnung in Kenntniss des Pfandnexus (bedingungsweise) anerkennenden Schlusssatz ausdrücklich zu sagen.

Abgesehen hievon wird obige zweite Deutung notwendig durch den der beigefügten Ausnahme sich anschliessenden Passus „vel potest etc.“

Es ist Eingangs bemerkt, dass dieser Passus von jeher ein Stein des Anstosses gewesen sei. Arndts a. a. O. referirt verschiedene Auslegungen und Textabänderungsvorschläge und spricht sich dann S. 140 dahin aus, dass die Radikalkur Smallenburg's (zu Schulting ad L 57), der glaubt, dass der Satz als aus einem Glossem eingeschwärzt ganz zu streichen sei, viel für sich habe, jedenfalls aber man dem bedenklichen und zweifelhaften Satze ein entscheidendes Gewicht nicht beilegen könne [29]).

[29]) Hiezu bemerkt Baron in seiner Anzeige des 46. Theils des Glück'schen Kommentars in der Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preussen Bd. 4 S. 276: „Ich mache darauf aufmerksam, dass nicht erst bei dem Schlusssatz (vel potest . . . alieno) die Schwierigkeit beginnt, sondern schon früher; in dem Satz: nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset ist entschieden das vel hanc zu viel; diese hier überflüssigen Worte hängen wieder mit dem Schlusssatz von vel potest bis alieno zusammen; ich glaube desshalb mich zu der Behauptung berechtigt, dass der Schlusssatz kein Glossem, sondern dass der Text der beiden letzten Sätze korrumpirt ist; der Sinn derselben ist: weiss der Testator nicht, dass die vermachte Sache verpfändet ist, so muss der Bedachte sie auslösen; ausser wenn der Testator im Falle des Wissens eine andere hinterlassen hätte; es ist übrigens auch möglich, dass er im Falle des Wissens dieselbe hinterlassen hätte, denn je nach dem Werth der Sache bleibt für den Bedachten auch nach der Auslösung noch ein Gewinn zurück. Den Text selbst herzustellen, das scheint mir ein Wagniss, welches lieber

Gegen die Annahme eines Glossems ist in einem in Seuffert's Archiv Bd. 36 Nr. 206 mitgetheilten Erkenntniss des Oberlandesgerichts zu Braunschweig vom 19. November 1880 eingewandt, dass die fraglichen Worte sich schon in alten, guten Handschriften befinden, insbesondere sich auch in der von den Verfassern der Basiliken benutzten befunden haben müssen, indem der sog. Tipucitus (in der lateinischen Uebersetzung) zu der betreffenden Stelle (Lib. 44 tit. 1 cap. 54) sage:

> Et de eo, si testator rem ab ipso legatam obligatam esse sciat aut ignoret, quando heres eam liberet aut legatarius. Et si sciebat esse obligatam, aut aliquid superfluum est deducto debito.

Hinwieder ist in dem gedachten Erkenntniss anerkannt, dass die fraglichen Worte an ihrer Stelle belassen und mit dem Vorhergehenden zu Einem Satze verbunden überhaupt keinen Sinn geben.

Th. Mommsen nimmt in seiner Digestenausgabe die vorausgehenden Worte „nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam" als Parenthese, und schlägt vor, in dem kritischen Passus statt „vel" zu setzen „ubi".

Das Braunschweiger Erkenntniss lässt die Th. Mommsen'sche Behandlung der Stelle ausser Betracht.

Arndts, welchem, als er obiges schrieb, das dreissigste Buch der Digesten noch nicht in der Th. Mommsen'schen Ausgabe vorlag, konstatirt in den Zusätzen zu Thl. 46 des Glück'schen Kommentars S. 521 die Th. Mommsen'sche Behandlung der Stelle und fügt bei:

> „So gäbe die Stelle allerdings einen guten Sinn; der Jurist macht nur in Beziehung auf den Fall, wenn die res obligata a fideicommissario luenda est, bemerklich, dass dennoch das Vermächtniss für diesen immer noch Vortheil bringen könne."

Hat Ulpian in Wirklichkeit so, wie Th. Mommsen unterstellt, geschrieben, so müssen zweifelsohne die Worte „a fideicommissario" scil. luenda est res obligata im Sinne eines materiellen Schuldüberganges auf den Vermächtnissnehmer verstanden werden. Dies erkennt dann auch Arndts in vorstehender Bemerkung implicite an und ist geneigt, Th. Mommsen zuzustimmen,

---

unterlassen bleibt." Dass ich diesen Bemerkungen Baron's nicht beipflichte, ergibt der folgende Text.

obgleich er, wie wir gesehen haben (S. 181 f.), früher ausgeführt hat, dass bei Anordnung des Vermächtnisses in Unkenntniss des Pfandnexus der Vermächtnissnehmer de jure die Pfandschuld nicht materiell überkomme, vielmehr in der Lage sei, mittelst cedirter actio oder actio utilis den Rückgriff auf den Pfandschuldner zu nehmen.

Die Th. Mommsen'sche Behandlung unserer Stelle ist indessen nicht ohne Bedenken. In einfacherer Weise hat Mühlenbruch in dem oben S. 180 allegirten, von Arndts S. 139 besprochenen Aufsatz im Archiv für die civ. Pr. Bd. 15 S. 393 ff. es versucht, der Schwierigkeit abzuhelfen, und zwar mit demselben Resultate für die Auslegung der Worte „a fideicommissario" scil. luenda est res obligata. Mühlenbruch setzt mit Contius nach „si scisset obligatam" einen Punkt, fasst hiernach den streitigen Passus als eine ganz selbständige Bemerkung auf; das erste Wort „vel" wird von ihm (unter Bezugnahme auf Forcellini totius latinitatis lexikon v. vel) mit „Auch" übersetzt. „Auch kann ja nach getilgter Schuld noch ein Ueberschuss für den Honorirten verbleiben."

Übereinstimmend haben sich unter andern geäussert Bachofen Pfandrecht S. 132 Anm. 3 und Neuner die institutio ex re certa S. 276 f. Anm. 4; ingleichen ist in dem gedachten Braunschweiger Erkenntniss schliesslich die Mühlenbruch'sche Auslegung der Stelle gebilligt.

Ich stehe nicht an, Mühlenbruch gleichfalls zuzustimmen und seiner Behandlung der Stelle den Vorzug zu geben auch vor der Behandlung, welche Th. Mommsen derselben angedeihen lässt.

Mühlenbruch hilft durch blosse Aenderung der Interpunktion, während Mommsen den Text ändert, zudem sich genöthigt sieht, die Worte „nisi si — obligatam" in Parenthese zu stellen, wornach konsequenter Weise auch die vorausgehenden Worte „nisi si animo alio fuerit" hätten in Parenthese gestellt werden sollen. Nach Mühlenbruch lässt sich der kritische Passus auch auf den Fall beziehen, wenn der Testator den Pfandnexus kennend den Vermächtnissnehmer mit der Wegfertigung der Pfandschuld belastet hat; durch das Mommsen'sche ubi wäre er auffälliger Weise in ausschliessliche Beziehung zu

dem Falle der Nichtkenntniss des Pfandnexus auf Seiten des Testators gebracht.

Ulpian will mit den Worten „vel potest etc." darauf hinweisen, dass das Vermächtniss dem Bedachten auch dann einen effektiven Gewinn verschaffen könne, wenn derselbe zur Tilgung der Pfandschuld auf eigene Rechnung verpflichtet ist. Verhält es sich so, dann ist der Satz „vel potest etc.", da er, wenn gleich nicht ausschliessend, so doch auch auf das bei Unkenntniss des Pfandnexus angeordnete Vermächtniss bezogen werden muss, beweisend dafür, dass Ulpian mit den Worten „a fideicommissario" scil. luenda est res obligata für den Fall der Vermächtnissanordnung in Unkenntniss des Pfandnexus die Regel habe aufstellen wollen, dass der Vermächtnissnehmer die Pfandschuld auf eigene Rechnung zu tilgen habe.

Ulpian macht aber von dieser Regel eine Ausnahme für den Fall

> si (testator) vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset, si scisset obligatam.

Dies ist wohl so zu verstehen:

> wenn der Testator bei Kenntniss des Pfandnexus gleichwohl dieselbe Sache ohne Ueberweisung der Pfandschuld auf den Vermächtnissnehmer oder vielleicht sogar ohne Erlass der Liberirungspflicht des Erben oder eine andere pfandfreie Sache von gleichem Werthe vermacht haben würde.

Die Worte „von gleichem Werthe" habe ich beigesetzt zunächst im Hinblick auf L. 6 Cod. de fideic. 6.42. Diese Konstitution ist ein Rescript Alexander Sever's, das bald nach Abfassung des 33. Buches Ulpian's ad Sabinum im J. 225 n. Chr. erlassen und vielleicht von Ulpian verfasst ist. Es heisst darin:

> Praedia obligata per legatum vel fideicommissum relicta heres luere debet, maxime (d. h. nämlich — vgl. Arndts bei Glück Thl. 46 S. 136 Note 62) cum testator condicionem eorum non ignoravit aut, si scisset, legaturus tibi aliud, quod non minus esset, fuisset etc.

Die Auslegung der Worte „vel aliam rem" in L. 57 im Sinne von „aliud, quod non minus esset" dürfte aber sich empfehlen ganz unabhängig von der L. 6 Cod. cit. Im einzelnen

Falle kann anzunehmen sein, dass der Erblasser bei Kenntniss der wahren Sachlage eine andere pfandfreie, aber um den Betrag der auf der vermachten Sache lastenden Pfandschuld weniger werthe Sache vermacht haben würde. Unmöglich kann es für einen solchen Fall die Meinung Ulpians gewesen sein, dass eine Ausnahme von der aufgestellten Regel Platz greifen solle.

Dass der Erblasser bei Kenntniss des Pfandnexus gleichwohl dieselbe Sache ohne Schuldüberweisung auf den Bedachten oder eine andere pfandfreie Sache von gleichem Werthe vermacht haben würde, wird anzunehmen sein, wenn das Vermächtniss zu Gunsten einer proxima persona, eines nahen Angehörigen oder einer dem Erblasser aus irgendwelch anderm Grunde besonders nahe stehenden Person angeordnet ist (vgl. L. 10 Cod. de legatis 6. 37 v. J 227 n. Chr.); ferner, wenn der Erblasser in Vornahme des Geschäftes der Erbtheilung einem der Erben eine vermeintlich pfandfreie Sache zugewiesen hat (L. 33 D. fam. erc. 10. 2 vgl. mit L. 77 § 8 D. de legat. II).[30]

Dasselbe wird aber auch anzunehmen sein einmal, wenn die vermeintlich pfandfreie Sache für eine den Erblasser auch materiell nicht angehende Schuld des Erben oder eines Dritten verpfändet ist, sodann, wenn die Sache zwar für eine eigene Schuld des Erblassers als Pfand haftet, der Erblasser aber nur in Unkenntniss der Pfandverhaftung der Sache, nicht auch in Unkenntniss der Schuld gewesen ist.

An beide Fälle hat wohl Ulpian bei Aufstellung der Regel nicht gedacht, indem er ausserdem die Regel von vornherein enger formulirt haben würde.

Auch wenn die Regel nur auf den Fall des Vermächtnisses einer vermeintlich pfandfreien, aber für eine eigene dem Erblasser unbekannte Schuld als Pfand haftenden Sache bezogen wird, erscheint sie als auffällig. Dem Erben, der als solcher die Pfandschuld des Erblassers von Rechtswegen überkömmt, wird ein Liberirungsanspruch gegen den Vermächtnissnehmer der Pfandsache zuerkannt, obgleich der Erblasser keine Schuldüberweisung vorgenommen hat; der Schuldüberweisungswille des

[30]) Vgl. Neuner die her. inst. ex re certa S. 276 f. S. auch L. 1 § 16 ad S C. Treb. 36. 1 (Ulp. lib. 3 fideic.) und dazu Neuner a. a. O. S. 113 ff., S. 277. Vgl. noch Anhänge Nr. 11 Abs. 2.

Erblassers wird geradezu fingirt. Es frägt sich, wie Ulpian zur Aufstellung der Regel gekommen sei.

Nach meinem Dafürhalten war bestimmend für ihn die Analogie dessen, was Rechtens ist, wenn die Sache eines Dritten als vermeintlich eigene Sache vermacht worden ist. In diesem Falle bewirkt der Minderbetrag des Vermögens des Erblassers in Folge der Nichtzugehörigkeit der Sache regelmässig nicht eine Einbusse für den Erben, sondern geht auf Rechnung des Vermächtnissnehmers; dieser bekömmt entweder nichts oder muss die Sache ohne Anspruch gegen den Erben auf Schadensersatz wieder herausgeben. Eine verpfändete Sache ist nun wirthschaftlich betrachtet für den Eigenthümer eine fremde, soweit der Werth derselben durch die Pfandschuld absorbirt ist; er kann die Sache nur als eine bei Nichttilgung der Pfandschuld der Eviktion unterliegende veräussern und hat hiernach im Verkaufsfalle einen Abzug am Kaufpreis im Betrage der Pfandschuld zu gewärtigen, wenn resp. insolange er nicht die Befreiung der Sache aus dem Pfandnexus bewirkt. Von diesem Gesichtspunkte aus hat Ulpian, wie ich annehme, geglaubt, den Fall des Vermächtnisses einer pfandbelasteten, vermeintlich pfandfreien Sache nach Analogie dessen, was für das Vermächtniss der vermeintlich eigenen Sache eines Dritten gilt, dahin entscheiden zu sollen, dass der Minderbetrag des Vermögens des Erblassers zufolge der Pfandschuld regelmässig auf Rechnung des Vermächtnissnehmers gehe, d. h. dass dieser die Pfandschuld materiell überkomme.

Indessen ist folgendes in Betracht zu ziehen:

Die Unkenntniss des Erblassers davon, dass die vermachte Sache einem Dritten gehöre, hat nur zur (regelmässigen) Folge, dass für den Erben eine Verpflichtung entfällt, die ausserdem Platz greifen würde: der Erbe ist nicht verpflichtet zur Eigenthumsverschaffung eventuell Werthgewährung; zu letzterer ist er insbesondere im Eviktionsfalle nicht verpflichtet, nur hat er den ihm allenfalls gegen den Auktor des Erblassers zustehenden Regressanspruch dem Vermächtnissnehmer zu cediren. L. 67 § 8 de legat II, L. 77 § 8 eod., § 4 Inst. de legat. 2. 20; arg. L. 38 in fine D. de evict. 21. 2, vgl. Arndts a. a. O. S. 188 Note 57. In keiner Weise verschafft aber der Umstand, dass der Erblas-

ser die fremde Sache als vermeintlich eigene Sache vermacht hat, dem Erben ein Recht gegen den Vermächtnissnehmer. Die Analogie des Vermächtnisses einer fremden, vermeintlich eigenen Sache kann es hiernach nur mit sich bringen, zu sagen, dass im Falle der Nichtkenntniss des Erblassers von der Pfandbelastung der vermachten Sache die Verpflichtung des Erben, die Sache pfandfrei zu machen, entfalle und er lediglich gehalten sei, einen etwaigen Anspruch des Erblassers gegen einen Dritten auf Liberirung der Sache dem Vermächtnissnehmer zu cediren. Nicht aber kann die gedachte Analogie dazu führen, dem Erben im Falle des Vermächtnisses einer pfandbelasteten, vermeintlich pfandfreien Sache gegen den Vermächtnissnehmer einen Schuldliberirungsanspruch zuzuerkennen.

Die von Ulpian für den Fall der Vermächtnissanordnung in Unkenntniss des Pfandnexus aufgestellte Regel scheint mir hiernach innerlich nicht gerechtfertigt zu sein.

Im Folgenden will ich es zunächst versuchen, die Hauptergebnisse der vorstehenden Exegese in Gestalt einer Paraphrase der L. 57 zum Ausdruck zu bringen.

Wenn, führt Ulpian aus, eine verpfändete Sache durch Fideikommiss hinterlassen ist, so kömmt es darauf an, ob der Testator vom Pfandnexus Kenntniss gehabt hat oder nicht. Im ersteren Falle ist der Erbe verpflichtet, die Sache durch Bezahlung der Pfandschuld oder sonstwie vom Pfandnexus zu befreien, sofern nicht nachweislich der Testator gegentheiligen Willens gewesen ist. Im letzteren Falle kann der Vermächtnissnehmer vom Erben die Pfandbefreiung der Sache nicht verlangen, muss vielmehr selbst und auf eigene Rechnung die Sache durch Bezahlung oder sonstige Tilgung der Pfandschuld vom Pfandnexus befreien und auf solche Weise den Erben von der ererbten Schuld liberiren, es sei denn, dass anzunehmen, der Testator würde bei Kenntniss des Pfandnexus gleichwohl dieselbe Sache ohne Ueberweisung der Pfandschuld auf den Vermächtnissnehmer oder vielleicht sogar ohne Erlass der Liberirungspflicht des Erben oder eine andere pfandfreie Sache von gleichem Werthe als Vermächtniss hinterlassen haben. Wäre dies der Fall, so würde dem Vermächtnissnehmer die Auslös-

ungspflicht nicht obliegen. Das Vermächtniss kann also für den Bedachten von Vortheil sein, auch wenn der Testator vom Verpfändetsein der Sache nichts gewusst hat. Auch kann ja der Werth der Pfandsache den Betrag der Pfandschuld übersteigen, so dass nach Bezahlung derselben noch etwas übrig bleibt. In diesem Falle ist das Vermächtniss für den Bedachten von Vortheil, auch wenn er die Verpflichtung hat, die Sache auf eigene Rechnung durch Bezahlung oder sonstige Tilgung der Pfandschuld auszulösen, sei es, weil der Erblasser ihm diese Verpflichtung auferlegt hat oder sei es, dass der Erblasser in Unkenntniss des Pfandnexus vermacht hat und nicht anzunehmen ist, dass er bei Kenntniss des Pfandnexus gleichwohl dieselbe Sache ohne Schuldüberweisung auf den Vermächtnissnehmer oder eine andere pfandfreie Sache von gleichem Werthe vermacht haben würde. Uebrigens folgt daraus, dass der Erblasser dem Erben die Liberirungspflicht erlassen hat, noch nicht, dass sein Wille auf Schuldüberweisung gerichtet gewesen sei. Wenn im einzelnen Falle bezüglich des Willens des Erblassers die Sachlage die ist, dass obgleich er gewollt hat, dass die Verpflichtung, die vermachten Grundstücke aus dem Pfandnexus zu befreien, nicht auf seinen Erben lasten solle, doch nicht — deutlich — seine Willensmeinung dahin gegangen ist, dass schlechterdings diese, die Erben, von der auf sie übergegangenen Pfandschuld des Erblassers zu liberiren seien, so bleibt die Pfandschuld für den Vermächtnissnehmer eine materiell fremde. Er kann allerdings nicht von den Erben verlangen, dass diese die Grundstücke alsbald durch Bezahlung der Pfandschuld oder sonstwie frei machen; aber wenn er von den Gläubigern mit der Pfandklage belangt wird, so kann er von ihnen gegen Bezahlung des Betrages ihrer Forderungen Klagencession in Anspruch nehmen und dieselbe im Wege der exceptio doli durchsetzen; mit den cedirten Klagen kann er dann gegen die Erben den Rückgriff nehmen. Sollte er es aber versäumt haben, rechtzeitig — vor der Zahlungsleistung an die Gläubiger — die Klagencession zu erwirken, so wird er gleichwohl durch das Rechtsprecheramt des Provinzvorstehers in die Lage versetzt werden, dieselbe zu erwirken; der Provinzvorsteher wird den Klägern unter Strafandrohung die Auflage machen, die Klagen zu cediren

oder dem Vermächtnissnehmer eine Klage gegen sie auf Vornahme der Cession einräumen.

Auf den von Ulpian in L. 57 D. de legatis I behandelten Fall bezieht sich auch der § 5 Inst. de legatis 2. 20, welche Stelle also lautet:

> Sed et si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet heres luere. et hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: et ita divi Severus et Antoninus rescripserunt. si tamen defunctus voluit legatarium luere et hoc expressit, non debet heres eam luere.

Es ist mir wahrscheinlich, dass den Verfassern der Institutionen bei Redaktion des § 5 cit. der uns in der L. 57 erhaltene Ulpianische Ausspruch über das Vermächtniss einer verpfändeten Sache vorgelegen sei. Die Ulpianischen libri ad Sabinum sind zweifelsohne bei Abfassung der Institutionen benützt worden. Vgl. z. B. L. 12 § 3 D. de ritu rupt. 23. 2 mit § 9 Inst. de nupt. 1. 10; L. 5,6 D. de test. tut. 26. 2 mit § 5 Inst. qui dari test. 1. 14. Dass hinwieder der § 5 cit. nicht lediglich auf Grund der Ulpianischen Stelle im 33. Buch ad Sabinum abgefasst worden sei, ergibt sich aus dem in den Institutionen enthaltenen Citat eines Rescripts von Severus und Antoninus, welches sich in der L. 57 nicht findet und schwerlich von den Verfassern der Digesten bei Aufnahme der Ulpianischen Stelle gestrichen worden ist.

Abgesehen von diesem Citat (und dem Hinweis auf das Vermächtniss einer fremden Sache) ist die Institutionenstelle viel kürzer gehalten, als die Digestenstelle.

Die Institutionen beschränken sich darauf zu sagen, dass der Erbe nur im Falle der Vermächtnissanordnung in Kenntniss des Pfandnexus die Sache auszulösen habe, und dass er nicht dazu verpflichtet sei, wenn der Erblasser die Auslösung durch den Vermächtnissnehmer gewollt und diesen seinen Willen zum Ausdruck gebracht habe.

Man könnte nun versucht sein, geltend zu machen, dass die Institutionenverfasser der Verfügung des Erblassers, wornach der Vermächtnissnehmer gehalten sein soll, die Sache auszulösen, lediglich die Folge der Nichtliberirungspflicht des Erben ge-

geben und dass sie hiernach wohl auch in der Ulpianischen Stelle die Worte: „si nesciat, a fideicommissario (scil. luenda est res obligata)" im Sinne blosser Nichtliberirungspflicht des Erben verstanden haben.

Allein hiegegen kömmt folgendes zu bemerken.

Im Schlusssatze des § 5 cit. ist eine ausdrückliche Erklärung des Erblassers, dass der Vermächtnissnehmer die Sache auszulösen habe, unterstellt. Unmöglich kann es für diesen Fall die Meinung der Institutionenverfasser gewesen sein, dass der Vermächtnissnehmer die Pfandschuld nicht überkomme, dass er nach Bezahlung des Betrags derselben in der Lage sei, auf den Erben den Rückgriff zu nehmen. Denn an dem Schuldüberweisungswillen des Erblassers lässt sich bei einer Verfügung des bezeichneten Inhalts schlechterdings nicht zweifeln. Wenn gleichwohl für den gedachten Fall nur gesagt ist: non debet heres eam luere, so ist dies nicht im Sinne blosser Nichtliberirungspflicht des Erben, sondern dahin zu verstehen, dass der Erbe im Verhältniss zum Vermächtnissnehmer die Pfandschuld nicht zu tragen habe, dass die Pfandschuld für den Erben eine materiell fremde werde. Es betrifft also der Schlusssatz des § 5 cit. den Fall der Schuldüberweisung, nicht den Fall des Liberirungserlasses ohne Schuldüberweisung; der letztere Fall ist im § 5 cit. überhaupt nicht behandelt. Die Worte „et hoc expressit" entsprechen dem „aperte ... senserit" der L. 57 und ist darnach ihr Sinn zu bestimmen (s. oben S. 185).

Hiernach bin ich der Meinung, dass der § 5 Inst cit. meiner Auslegung der L. 57 de legatis I nicht entgegenstehe.

Schliesslich sollen noch einige Detailpunkte besprochen resp. in genaueren Betracht gezogen werden.

1. Ulpian setzt in L. 57 den Fall, dass eine verpfändete Sache durch Fideikommiss hinterlassen worden ist. Beim Damnationslegat galt gleichmässig die Regel, dass der Erbe die vermachte Sache zu liberiren habe, wenn der Erblasser das Vermächtniss in Kenntniss des Pfandnexus angeordnet hatte. Vgl. Pauli sent. III, 6 § 8; dazu Arndts bei Glück Thl. 46 S. 144 f.; s. auch L. 6 Cod. de fideic. 6.42 (oben S. 210). Das Vindikationslegat als solches konnte freilich die gedachte Wirkung nicht haben: Arndts a. a. O. Nach Justiniauischem Rechte

gilt die gedachte Regel für alle Arten von Vermächtnissen: L. 1, 2 C. comm. de leg. 6.43.

2. Die Regel, dass im Falle der Vermächtnissanordnung in Unkenntniss des Pfandnexus der Vermächtnissnehmer die Pfandschuld materiell überkomme, gilt nur, wenn es sich um eine eigene, dem Erblasser bei der Vermächtnissanordnung unbekannt gewesene Schuld handelt (s. oben S. 211). Haftet die vermachte vermeintlich pfandfreie Sache als Pfand für eine Schuld des Erben oder eines Dritten oder für eine eigene, dem Erblasser bei der Vermächtnissanordnung bekannt gewesene Schuld, so überkömmt der Vermächtnissnehmer die Schuld nicht. Einen Liberirungsanspruch gegen den Erben wird er freilich nur dann haben, wenn besondere Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Erblasser, wenn er um den Pfandnexus gewusst hätte, dieselbe Sache ohne Liberirungserlass oder eine andere pfandfreie Sache von gleichem Werthe hinterlassen haben würde.

Ob, wenn im einzelnen Falle des Vermächtnisses einer vermeintlich pfandfreien, aber für eine eigene, dem Erblasser unbekannte Schuld verpfändeten Sache anzunehmen ist, dass der Erblasser bei Kenntniss des Pfandnexus dieselbe Sache ohne Ueberweisung der Pfandschuld auf den Bedachten vermacht haben würde, auch angenommen werden dürfe, dass der Erblasser dem Erben die Liberirungspflicht nicht erlassen haben würde, das ist eine Frage, deren Beantwortung von den Umständen des concreten Falles abhängt. Je näher die bedachte Person zum Erblasser gestanden ist und je weniger lästig sich nach Lage der Sache die Liberirungspflicht für den Erben darstellt, desto leichter wird es sein, die Frage bejahend, also zu Gunsten des Vermächtnissnehmers zu beantworten. Aber auch abgesehen davon dürfte die Frage im Zweifel mit Rücksicht auf den favor fideicommissorum (S. 180) zu bejahen sein.[31])

Die vermachte Sache kann für eine Naturalschuld oder für eine mittlerweile verjährte und nur mehr im Wege des Pfandrechts geltend zu machende Schuld verpfändet sein. An diesen Fall hat Ulpian in der L. 57 sicherlich auch nicht gedacht. Ist das Vermächtniss in Unkenntniss des Pfandnexus angeordnet,

[31]) Vgl. L. 33 D. fam. erc. 10.2 cit. (S. 211).

so wird der Vermächtnissnehmer regelmässig nicht liberirungsberechtigt sein und wird dann der effektive Vermächtnissgewinn sich auf den etwaigen Werthüberschuss der Sache über den Betrag der Pfandschuld beschränken; eine Schuldliberirungspflicht des Vermächtnissnehmers wird aber nicht zu statuiren sein, selbst wenn es sich um eine Naturalschuld des Erblassers handelt.

3. Es ist möglich, dass der Pfandnexus dem Erblasser nach der Vermächtnissanordnung bekannt geworden ist. Hiedurch wird zunächst an der Rechtslage nichts geändert. Die thatsächliche Folge kann aber sein, dass der Erblasser eine Erklärung darüber abgibt, was in Ansehung der Pfandverhaftung der Sache gelten solle.

Lautet in einem Falle, in welchem an sich Schuldübergang auf den Vermächtnissnehmer anzunehmen wäre, die Erklärung dahin, dass der Vermächtnissnehmer die Pfandschuld nicht zu übernehmen habe, so kann füglich kein Zweifel darüber sein, dass die Erklärung massgebend sein muss, auch wenn sie formlos abgegeben ist. Der Grundsatz, dass Vermächtnisse formlos zurückgenommen werden können, muss dem Vermächtnissnehmer zu Gute kommen bezüglich der auf seinem Vermächtnisse an sich nach dem Gesetze ruhenden Last. Ebenso wird sich auf diesen Grundsatz der Erbe dann berufen können, wenn der Erblasser erklärt hat, dass der Erbe nicht gehalten sein solle, die Sache pfandfrei zu machen, hinwieder nach den Umständen beim Nichterfolgtsein der Erklärung anzunehmen sein würde, dass die Liberirungspflicht des Erben dem präsumtiven Willen des Erblassers entspreche, demgemäss letztere statuirt werden müsste.

Die formlose (auch den Erfordernissen des s. g. Oralfideikommisses nicht entsprechende) Erklärung kann aber auch dahin lauten, dass der Erbe die Sache zu liberiren habe. Meines Erachtens wird die Erklärung auch in diesem Falle massgebend sein müssen. Wenn bei Versterben des Erblassers in Unkenntniss des Pfandnexus der Vermächtnissnehmer Liberirung der Sache fordern kann, sobald besondere Verhältnisse obwalten, welche die Annahme rechtfertigen, dass der Erblasser, wenn er vom Pfandnexus Kenntniss gehabt hätte, die Liberirung der Sache durch den Erben gewollt haben würde, so muss um

so viel mehr der Anspruch des Vermächtnissnehmers auf Liberirung der Sache anerkannt werden, wenn feststeht, dass der Erblasser, der den Pfandnexus nach der Vermächtnissanordnung in Erfahrung gebracht hat, positiv die Liberirung der Sache durch den Erben gewollt habe.

Es versteht sich, dass die jetzt vorausgesetzte Erklärung auch die Erklärung in sich schliesst, dass der Vermächtnissnehmer die Pfandschuld nicht zu übernehmen habe. Letztere Erklärung für sich allein ist hinwieder im Zweifel dahin zu deuten, dass der Erbe liberirungspflichtig sein solle (vgl. Ziff. 2 Abs. 2). Wenn umgekehrt der Erblasser lediglich erklärt hat, dass der Erbe die Sache nicht zu liberiren habe, so wird es wohl beim materiellen Schuldübergang auf den Vermächtnissnehmer, wenn er abgesehen von der Erklärung anzunehmen ist, sein Bewenden haben müssen.

Bedenklicher ist der Fall, wenn die nachträgliche, formlos abgegebene Erklärung dahin lautet, dass der Vermächtnissnehmer die Pfandschuld zu übernehmen habe, während ohne die Erklärung nach der besonderen Sachlage das Gegentheil als dem Willen des Erblassers entsprechend anzunehmen, daher Nichtübergang der Schuld auf den Vermächtnissnehmer zu statuiren wäre. Indessen muss doch wohl auch in diesem Falle — Pfandverhaftung der Sache für eine eigene, dem Erblasser bei der Vermächtnissanordnung unbekannt gewesene Schuld vorausgesetzt (s. oben S. 211) — der nachträglichen Erklärung trotz ihrer Formlosigkeit Folge gegeben werden. Die gesetzliche Regel ist, dass der Vermächtnissnehmer die Pfandschuld zu übernehmen habe, wenn der Erblasser das Vermächtniss in Unkenntniss der auf der Sache lastenden eigenen Pfandschuld angeordnet hat; dieselbe gilt im einzelnen Falle allerdings nicht, wenn besondere Verhältnisse die Annahme rechtfertigen, dass der Erblasser, wenn er von der Pfandbelastung Kenntniss gehabt hätte, eine Schuldüberweisung nicht vorgenommen haben würde; wenn aber diesen besonderen Verhältnissen die Erklärung des Erblassers, der nachher den Pfandnexus in Erfahrung gebracht hat, dass der Vermächtnissnehmer die Schuld zu übernehmen habe, gegenüber steht, so können dieselben keine Be-

achtung finden und muss es bei der gesetzlichen Regel sein Verbleiben haben.

Hätte jedoch der Erblasser, nachdem er von der Pfandhaftung der vermachten Sache Kenntniss erhalten, zuerst erklärt, dass der Vermächtnissnehmer die Schuld nicht zu übernehmen habe, und dann eine Erklärung gegentheiligen Inhalts abgegeben, so würde letzterer Wirksamkeit nur dann beigelegt werden können, wenn sie in Vermächtnissform (oder den Erfordernissen des s. g. Oralfideikommisses entsprechend) erfolgt wäre. Dasselbe ist für den Fall zu behaupten, wenn der Erblasser dem Erben die Liberirung der Sache zuerst erlassen und dann auferlegt hat. Ist aber auf die Schuldüberweisung oder die Liberirungsauflage später eine Erklärung gegentheiligen Inhalts erfolgt, so muss sie Geltung haben, auch wenn sie formlos abgegeben ist. Vgl. übrigens hiezu S. 219 Z. 6 ff.

4. Ist es beim Nichterwähntsein des Pfandnexus in der Vermächtnissverfügung streitig, ob der Erblasser bei der Anordnung des Vermächtnisses denselben gekannt habe, so trifft nach L. 21 D. de prob. 22. 3 die Beweislast den klagenden Vermächtnissnehmer, gerade so wie wenn die Sache eines Dritten vermacht ist und Streit darüber besteht, ob der Erblasser die Sache als fremde Sache gekannt habe: L. 21 cit., § 5 Jnst. de legat. 2. 20. In beiden Stellen wird als Grund angegeben: quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. Dass dieser Grund nicht zutreffend sei, ist z. B. von Rosshirt Vermächtnisse. Bd. 2 S. 149, Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 134, Burckhard die civil. Präsumtionen S. 293 hervorgehoben. S. auch Arndts a. a. O. S. 153 f. Note 99. Die Regel Actori incumbit probatio würde für sich allein es nicht rechtfertigen, dem klagenden Vermächtnissnehmer die Beweislast zu überbürden. Denn es liesse sich sagen, dass an sich die ohne Beschränkung vermachte Sache vom Onerirten als eine nicht der Eviktion unterliegende dem Vermächtnissnehmer zu gewähren sei (vgl. L. 45 § 1 de legat. I, L. 66 § 6 D. de legat. II), und dass der Onerirte, indem er sich darauf beruft, dass der Erblasser die Sache als vermeintlich eigene, resp. pfandfreie Sache vermacht habe, folglich er, der Onerirte, nicht die Verpflichtung zur Eigenthumsverschaffung (Werthgewährung) resp. zur Befreiung der Sache aus dem Pfandnexus

habe, eine Einrede, wenn nicht im materiellrechtlichen Sinne (exceptio doli — vgl. L. 72 § 6 D. de cond. et dem. 35. 1), so doch im processualischen Sinne vorschütze, eine rechtshindernde Thatsache geltend mache, folglich den Beweis seines Vorbringens zu führen habe. Gerechtfertigt erscheint aber die Beweislastregulirung zu Gunsten des Onerirten, wenn man erwägt, dass die Nichtbezeichnung der vermachten Sache als fremder oder verpfändeter Sache geeignet ist, eine Vermuthung dafür zu begründen, dass der Erblasser dieselbe als vermeintlich eigene resp. pfandfreie vermacht habe.

Der dem Vermächtnissnehmer obliegende Beweis muss für die Zeit der Vermächtnissanordnung oder für einen früheren Zeitpunkt geführt werden. Ausserdem gilt das unter Ziff. 3 im Eingang Gesagte. Uebrigens kömmt noch folgendes zu bemerken:

Die L. 21 cit. verlangt von dem Vermächtnissnehmer den Beweis „scisse rem obligatam legare defunctum"; sie setzt dabei wohl voraus, dass die vermachte Sache zur Zeit der Vermächtnissanordnung im Besitze des Erblassers gewesen sei, nicht im Besitze des Pfandgläubigers. Hat sich die Sache zur Zeit der Vermächtnissanordnung im Besitze des Gläubigers befunden, so spricht die Vermuthung dafür, dass der Erblasser das Pfandverhältniss gekannt habe und wird hiernach der Vermächtnissnehmer, wenn er den Besitz des Gläubigers zur Zeit der Vermächtnissanordnung dargethan hat, nicht erst noch zu beweisen haben, dass der Erblasser um das Pfandverhältniss gewusst habe; vielmehr wird es dann Sache des Erben sein, das Gegentheil darzuthun.

Da nun nach heutigen Partikularrechten an beweglichen Sachen fast durchweg nur ein Besitzespfand möglich ist, darnach aber der Erbe, der behauptet, dass der Erblasser um das Bestehen des Pfandrechtes zur Zeit der Vermächtnissanordnung nicht gewusst habe, den Besitz des Pfandgläubigers im gedachten Zeitpunkte nicht in Abrede stellen kann, so wird nicht leicht der Vermächtnissnehmer einer verpfändeten beweglichen Sache auf Grund der L. 21 cit. beweispflichtig sein.

Dasselbe ist aber auch für den Fall des Vermächtnisses einer verpfändeten unbeweglichen Sache aus dem Grunde zu behaupten, weil nach heutigen Partikularrechten fast durchweg das Pfandrecht an einer unbeweglichen Sache den Eintrag in ein

öffentliches Buch zur Voraussetzung hat, dieser Eintrag aber die Vermuthung begründet, dass das Bestehen des Pfandrechts dem Eigenthümer der Sache bekannt sei.

Abgesehen hievon wird im Sinne der L. 21 cit. der Erbe für beweispflichtig zu erklären sein, wenn er seinerseits die Schuldliberirungspflicht des Vermächtnissnehmers geltend macht.

5) Ist die Kenntniss des Erblassers vom Pfandnexus im Zeitpunkte der Vermächtnissanordnung zufolge Erwähnung desselben in der Vermächtnissverfügung oder Zugeständnisses des Erben oder Beweises des Vermächtnissnehmers oder nach heutigen Partikularrechten zufolge Nichtbeweises des Gegentheils seitens des Erben anzunehmen, so ist es Sache des Erben, wenn er behauptet, dass ihm der Erblasser die Liberirungspflicht erlassen habe, im Bestreitungsfalle den Beweis seiner Behauptung zu führen.

Natürlich bedarf es dieses Beweises nicht, wenn die Vermächtnissverfügung, auf welche sich der Bedachte beruft, (die Schuldüberweisung auf denselben — vgl. S. 185 — oder doch) den Erlass der Liberirungspflicht des Erben enthält. Dass es darauf für die Wirksamkeit des Erlasses nicht ankomme, vielmehr die Liberirungspflicht des Erben entfalle, wenn irgendwie erhellt, dass der Erblasser sie ihm habe erlassen wollen, ist früher (S. 180 vgl. auch S. 218 Ziff. 3 Abs. 2) ausgeführt worden.

Unter Umständen wird es, obgleich die Vermächtnissverfügung den Erlass der Liberirungspflicht nicht enthält, eines besonderen Beweises des Erben, dass ihm der Erblasser die Liberirungspflicht habe erlassen wollen, gar nicht bedürfen.

Ein Fall dieser Art kömmt in L. 15 D. de dote praeleg. 33. 4 vor. Der Erblasser hatte verpfändete Sachen als Dos empfangen und hat dann die Dos prälegirt. Gajus entscheidet, dass obgleich es Regel sei, dass der Erbe die vermachten Sachen aus dem Pfandnexus zu liberiren habe, doch im vorliegenden Falle der Erbe nicht liberirungspflichtig sei, es sei denn, dass der Erblasser speciell etwas anderes bestimmt habe. Der Grund dieser Entscheidung ist einleuchtend. Im Zweifel ist beim praelegatum dotis als Wille des Erblassers anzunehmen, dass die Frau die Dos in der Rechtslage zurückbekommen solle, in welcher sie ihm, dem Erblasser, gegeben worden war. In Ermangelung einer gegentheiligen Bestimmung des Erblassers hat also die Frau

keinen Liberirungsanspruch in Ansehung der Sache; um so weniger, wenn sie für die Pfandschuld persönlich haftet, einen Anspruch auf Liberirung von ihrer Verbindlichkeit.

In gleicher Weise dürfte in allen Fällen des Vermächtnisses einer verpfändeten Sache an den Rechtsvorgänger des Erblassers zu entscheiden sein, sofern die Pfandschuld für den Erblasser eine materiell fremde gewesen ist.

Hätte hinwieder der Erblasser beim käuflichen Erwerb der Sache vom jetzigen Vermächtnissnehmer die in des letzteren Person begründete Pfandschuld übernommen, so würde wohl das Vermächtniss im Zweifel dahin auszulegen sein, dass der Erbe gehalten sein solle, die Sache alsbald pfandfrei zu machen; aber auch in diesem Falle wäre im Zweifel nicht als Vermächtnisswille des Erblassers anzunehmen, dass der Erbe alsbald die Pfandschuld zu tilgen habe und würde also für die Schuldliberirungspflicht des Erben lediglich das bisherige Rechtsverhältniss zwischen dem Erblasser und dem Vermächtnissnehmer massgebend sein.

Diesem Falle entsprechend wäre der Fall zu beurtheilen, wenn der jetzige Vermächtnissnehmer für die Pfandschuld des Erblassers Bürgschaft geleistet hätte. S. oben S. 178.

6. Wenn die vermachte Sache für die den Erblasser und den Erben materiell nicht angehende Schuld eines Dritten haftet und weniger werth ist, als die Schuld beträgt, so wird der liberirungspflichtige Erbe regelmässig nur bis zum Werthbetrage der Sache für Liberirung der Sache zu haften haben, in der Art, dass er von seiner Verbindlichkeit frei wird, wenn er dem Pfandgläubiger eine dem Werthbetrage der Sache gleichkommende Abschlagszahlung leistet oder die entsprechende Summe dem Vermächtnissnehmer zur Verfügung stellt. Von besonderer Anordnung des Erblassers abgesehen, muss der Erbe geltend machen können, dass er kein grösseres Opfer zu bringen habe, als er zu bringen hätte, wenn die vermachte Sache dem Erblasser gar nicht gehört haben würde.

7. Ueberkömmt der Vermächtnissnehmer durch Verfügung des Erblassers oder von Rechtswegen materiell die Pfandschuld, so wird er doch, wenn dieselbe den Werthbetrag der Sache übersteigt, für ihre Tilgung lediglich bis zum Werthbetrage der Sache zu haften haben. L. 114 § 3 D. de legatis I.

8. Die Regel, dass im Falle des Vermächtnisses einer für eine eigene, dem Erblasser unbekannt gewesene Schuld verpfändeten Sache der Vermächtnissnehmer die Pfandschuld materiell überkomme, führt zur Frage, was Rechtens sei, wenn die vermachte Sache nicht allein als Pfand für die Schuld haftet. Man setze, dass A für eine eigene Schuld von 2400 zwei Grundstücke X und Z, das erstere im Werthe von 2400, das letztere im Werthe von 1200 verpfändet hat, dass dann diese Grundstücke auf B als Erben des A übergegangen sind und hierauf B in der irrthümlichen Meinung, dass die Pfandschuld von seinem Erblasser bereits bezahlt worden sei, das Grundstück X dem C vermacht hat. Ich glaube, dass in diesem Falle C die Pfandschuld nur zu zwei Dritteln materiell überkömmt. Wäre das Grundstück Z dem D vermacht, so hätte dieser ein Drittel der Schuld zu tragen[32]).

9. Die Erwägungen, welche den Erblasser veranlassen können, den Erben von der Liberirungspflicht zu befreien, obgleich er die Pfandschuld (die eigene oder die des Erben) nicht auf den Vermächtnissnehmer überweisen will (s. oben S. 186 f.), können für ihn da, wo er die Pfandschuld auf den Vermächtnissnehmer überweisen will, auch bestimmend sein, den Vermächtnissnehmer nicht zur sofortigen Tilgung der Pfandschuld zu verpflichten. Wenn die Schuld, die der Vermächtnissnehmer übernehmen soll, eine noch nicht fällige, etwa eine sechs Monate nach (bisher nicht erfolgter) Kündigung heimzahlbare, verzinsliche Darlehensschuld ist, so wird der Erblasser um so mehr geneigt sein, von der Auflage sofortiger Tilgung derselben Umgang zu nehmen und dem Vermächtnissnehmer nur Sicherstellung der ferneren Verzinsung und der seinerzeitigen Heimzahlung nach eingetretener Fälligkeit zur Pflicht zu machen, als präsumtiv durch solche Erleichterung des Vermächtnissnehmers der Erbe (resp. der Dritte, um dessen Schuld es sich handelt) keinen Nachtheil erleiden wird. Man wird hiernach die Schuldüberweisung auf den Vermächtnissnehmer geradezu im Zweifel dahin auslegen dürfen, dass der Vermächtnissnehmer nur gehalten sein solle, dem Erben (resp. dritten Pfandschuldner) hinlängliche cautio defensum iri in Bezug auf Haupt- und Nebensache

[32]) Vgl. Allgem. preuss. Landrecht I Tit. 12 § 327.

aufzurichten. Aber auch wenn im einzelnen Falle nach dem Wortlaute der Disposition an sich die Verpflichtung des Vermächtnissnehmers zur sofortigen Tilgung der Pfandschuld anzunehmen wäre, werden wir nach Umständen arg. L. 71 § 3 de legat. I und L. 14 § 2 de legat. III dem Vermächtnissnehmer die Aufrichtung einer cautio defensum iri als facultas alternativa zugestehen müssen.

Hinwieder wird bei vorliegender Ueberweisung einer auf Kündigung stehenden Schuld auf den Vermächtnissnehmer dem Pfandschuldner regelmässig nach dem präsumtiven Willen des Erblassers die Befugniss zuzuerkennen sein, durch Kündigung die Fälligkeit der Schuld herbeizuführen und in solcher Weise die Lösung des Schuldverhältnisses anzubahnen.

Vorstehendes hat entsprechende Anwendung auf den Fall zu finden, wenn der Vermächtnissnehmer von Rechtswegen die Pfandschuld materiell überkömmt.

10. Ulpian gewährt in der L. 57 das beneficium ced. act. für den Fall, dass die Pfandschuld nicht auf den Vermächtnissnehmer überwiesen ist. Im gegentheiligen Falle würde, wie früher (S. 184) bemerkt ist, der Vermächtnissnehmer selbst dann nicht mit Erfolg den Rückgriff auf den Pfandschuldner nehmen können, wenn ihm der Pfandgläubiger freiwillig jura cessa ertheilt hätte.

Man setze nun aber folgenden Fall. Auf der vermachten Sache lasten zwei Hypotheken für eine Forderung des A zu 2000 und für eine Forderung des B zu 1000. Der Erblasser hat bestimmt, dass der Erbe die zweite Hypothek wegzufertigen habe, die erste Hypothek hingegen vom Vermächtnissnehmer zu übernehmen sei. Der Erbe ist der ihm gemachten Auflage nicht nachgekommen.

Hier wird der Vermächtnissnehmer, wenn er von A auf Herausgabe der Pfandsache belangt wird, gegen Zahlung des Betrags seiner Forderung Klagenabtretung mit dem Erfolge in Anspruch nehmen können, dass er, der Beklagte, dem zweiten Pfandgläubiger gegenüber die Rechtsstellung des A erlangt, sonach B die Sache mit der actio hypothecaria nur in Anspruch nehmen kann, wenn er vom jus offerendi Gebrauch macht.

Nach neuestem Rechte (nov. 4 cap. 2) steht dem Vermächt-

nissnehmer, welcher die Pfandschuld nicht überkommen hat, ausser dem beneficium cedendarum actionum regelmässig auch das beneficium excussionis zu, wonach er in erster Linie die vorherige Ausklagung des Pfandschuldners und seiner etwaigen Bürgen verlangen kann.

11. Ulpian unterstellt in der L. 57 eine eigene Sache des Erblassers als Vermächtnissgegenstand. Hat der Erblasser eine fremde Sache als solche vermacht, so kömmt es, wenn dieselbe verpfändet ist, nicht darauf an, dass der Erblasser den Pfandnexus gekannt habe. Auch wenn dies nicht der Fall war, muss der Erbe die Sache pfandfrei gewähren, sonach dem Vermächtnissnehmer das Eigenthum verschaffen und das Pfandrecht wegfertigen; ist der Erbe selbst der Pfandgläubiger, so kann er das Pfandrecht, wenn es nicht in Folge primären Selbsterwerbes des Eigenthums ohnehin erloschen ist, nicht mehr geltend machen. Braucht nach den Umständen nur der Werth der Sache bezahlt zu werden, so ist bei der Berechnung des Werthes stets von der Pfandbelastung abzusehen. Vgl. Arndts bei Glück Thl. 46 S. 178. Hat der Erblasser die Sache eines Dritten als vermeintlich eigene Sache vermacht, so kann der Bedachte nur ausnahmsweise Eigenthumsverschaffung resp. Werthgewährung in Anspruch nehmen; kann er es, dann gilt, wenn die Sache im Pfandnexus ist, dasselbe, was vorstehend für den Fall des Vermächtnisses einer fremden Sache als solcher bemerkt worden ist. Hat endlich der Erblasser eine verpfändete Sache des Erben als vermeintlich eigene und pfandfreie gemacht, so ist der Erbe verpflichtet zur Eigenthumsgewährung (L. 67 § 8 de legat. II.) und zur Befreiung der Sache vom Pfandrecht. Durchgängig ist also, wenn eine verpfändete fremde Sache vermacht ist, der Umstand unerheblich, dass der Erblasser den Pfandnexus nicht gekannt hat.

Dieser Umstand ist aber arg. L. 67 § 8 de legat. II (cit.) für unerheblich zu erachten auch in dem Falle, wenn eine dem Erben verpfändete Sache des Erblassers vermacht ist. Handelt es sich um eine Schuld des Erblassers, so ist dieselbe durch confusio erloschen und folgeweise die Sache, auch wenn sie (nach der Regel des neuesten Rechtes) im Augenblicke des Erbschaftsantrittes in das Eigenthum des Vermächtnissnehmers übergegangen ist, pfandfrei geworden; es braucht auch der Ver-

mächtnissnehmer nichts für Rechnung der erloschenen Schuld an den Erben zu zahlen. Handelt es sich um die Schuld eines Dritten, so kann der Erbe sein Pfandrecht, wenn es nicht zufolge zeitweiligen Eigenthums des Erben ohnehin erloschen ist, nicht mehr geltend machen.

Ein besonderer, noch zu betrachtender Fall ist der, dass die vermachte Sache für eine Forderung des Vermächtnissnehmers selbst verpfändet ist. In diesem Falle bewirkt der Eigenthumserwerb des Vermächtnissnehmers die Erlöschung des Pfandrechts (vorbehaltlich der Geltendmachung desselben etwaigen Nachhypotheken gegenüber). Es frägt sich aber, ob, wenn die Sache für eine Schuld des Erblassers (oder des Erben) verpfändet war, dieselbe vom Erben an den Vermächtnissnehmer zu bezahlen sei.

Paulus sagt in L. 85 de legat. II

> Creditorem, cui res pignoris jure obligata a debitore legata esset, non prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas testatoris compensare volentis evidenter non ostenderetur.

Als Regel wird also aufgestellt, dass der Vermächtnissnehmer sein Forderungsrecht als effektives behalte. Implicite ist diese Regel anerkannt in L. 16 Cod. de legat. 6. 37.

Nur, wenn ein gegentheiliger Wille des Erblassers ausser Zweifel gestellt wird, soll es sich nach L. 85 cit. anders verhalten: der Erbe würde dann gegen die Forderungsklage des Vermächtnissnehmers eine exceptio doli haben. Vgl. übrigens oben Ziff. 7.

Die L. 16 C. cit. unterstellt ausdrücklich ein Faustpfand und von einem solchen ist wohl auch die L. 85 cit. zu verstehen; beide Stellen gehen also wohl davon aus, dass dem Erblasser der Pfandnexus bekannt gewesen sei (s. oben S. 221). Für den Fall der Nichtkenntniss des Pfandnexus und der (eigenen) Pfandschuld dürfte wohl die Konsequenz des Ulpianischen Ausspruchs in L. 57 de legatis I: „si nesciat, a fideicommissario“ scil. luenda est res obligata zur Aufstellung einer gegentheiligen Regel führen.

War die vermachte Sache dem Vermächtnissnehmer für die Schuld eines Dritten verpfändet, so bleibt natürlich das Forderungsrecht des Vermächtnissnehmers gegen den Dritten nach dem Eigenthumserwerb an der Pfandsache bestehen. Hinwieder hat der Erbe die Verpflichtung zur Tilgung der Schuld dem Ver-

mächtnissnehmer gegenüber nicht. Wenn für den Fall, dass der Erblasser vom Pfandverhältniss Kenntniss gehabt hat, von Rosshirt Verm. Bd. 2 S. 159 ff. das Gegentheil angenommen ist, so beruht dies, wie Arndts bei Glück Thl. 46 S. 144 ff. dargelegt hat, auf einer missverständlichen Auslegung von Pauli sent. III. 6 § 8 (s. oben S. 216 Ziff. 1), und auch das was Bachofen Pfandrecht S. 133 für die Auslösungspflicht des Erben in dem gedachten Falle geltend gemacht hat, stellt sich als nicht haltbar dar: s. dagegen Arndts a. a. O. S. 146.

12. In Betreff der Behandlung des Vermächtnisses einer verpfändeten Sache in Partikularrechten, neueren Gesetzgebungen und Gesetzentwürfen verweise ich auf das Referat bei Arndts a. a. O. S. 146 ff. S. dazu noch rücksichtlich des preussischen Rechtes Dernburg Lehrb. des preuss. Privatrechts Aufl. 3 Bd. 3 § 140; rücksichtlich des österreichischen Rechtes Pfaff und Hofmann Commentar zum österr. allg. bürg. Gesetzbuche Bd. 2 S. 435 ff. [33])

---

[33]) Zu der Ausführung oben S. 205 f. und insbesondere über L. 25 D. de adm. et per. tut. 26. 7 cit. vgl. noch Regelsberger civ. Arch. Bd. 63 S. 205 ff.

Ueber

Missio in possessionem

im

römischen und im heutigen Rechte.

Von

Friedrich Hellmann.

Das Institut der missio in possessionem tritt in den Quellen des römischen Rechtes in sehr verschiedener Gestalt entgegen. Diese Verschiedenheit hängt mit der Verschiedenheit der Zwecke zusammen, denen dasselbe zu dienen bestimmt ist. Die folgende Untersuchung ist der Frage gewidmet, ob diese dem römischen Rechte so geläufige Massregel in dem heute geltenden gemeinen Rechte noch ein Anwendungsgebiet findet und eventuell in welchem Umfange; hiebei soll insbesondere geprüft werden, ob nicht die Veränderungen, welche durch die neueste Justizgesetzgebung des deutschen Reiches in dem Gebiete des Civilprocessrechtes herbeigeführt wurden, einen Einfluss auf die Geltung der missiones in possessionem ausgeübt haben und, wenn ja, wie sich dieser Einfluss geltend macht. Wenn sich der processuale Charakter der missiones in possessionem feststellen lässt, so wird von einer practischen Verwendbarkeit derselben jedenfalls heutzutage nur in soweit die Rede sein können, als sie in den Formen des heutigen Processrechtes Unterkommen finden.

Soweit uns bekannt, sind die aufgeworfenen Fragen bisher einer zusammenfassenden Untersuchung nicht unterzogen worden. Nur bezüglich einzelner Missionsfälle finden sich in der gemeinrechtlichen Literatur bald mehr bald weniger ausführlich begründete Ansichten, aber auch in dieser Beschränkung — wenn von Dernburg's Pandekten*) abgesehen wird — nur für die Zeit, in der die Reichsprocessgesetze noch nicht erlassen waren.

Um die rechtliche Natur der missio in possessionem festzustellen, wollen wir zuerst einer allgemeineren Betrachtung über die zuständigen Organe und den Vollzug Raum geben und dieser eine Uebersicht der Anwendungsfälle im römischen Rechte folgen lassen.

*) Bd. I. §§ 167. 231. 270. II. § 56.

I.

Allgemeines über Zuständigkeit und Vollzug.

Die Missio in possessionem findet sich in unsern Quellen bald als missio in bona, bald als missio in rem d. h. sie hat entweder ein ganzes Vermögen oder eine einzelne Sache zum Gegenstand.

Die Zuständigkeit zur Erteilung der missio in p. war ursprünglich beim Prätor. Sie war ein Bestandteil seines imperium, nicht seiner iurisdictio.

4. D. 2. 1 ... in possessionem mittere imperii magis est quam iurisdictionis.

Bethmann-Hollweg, der römische Civilprozess II. S. 94 N. 24.

Keller, der römische Civilprozess § 78. Lenel, das Edictnm perpetuum S. 20.

Die Munizipalmagistrate, denen das imperium fehlte, konnten daher missio in p. nicht ertheilen.

26. D. 50. 1: Ea quae magis imperii sunt, quam iurisdictionis, magistratus municipalis facere non potest § 1 magistratibus municipalibus non permittitur .... bona rei servandae causa iubere possidere aut dotis servandae causa vel legatorum servandorum causa.

Bethmann-Hollweg, l. c. S. 95 N. 25.

Nach Beseitigung der klassischen Gerichtsverfassung und des ihr angepassten Verfahrens ist die Competenz zur missio in possessionem auf die Gerichte übergegangen. Wenngleich die Quellen das nicht als einen allgemeinen Satz aussprechen, so bieten sie doch genug der Belege im Einzelnen.

Wir wissen, dass Diocletian bereits Gerichtsverfassung und Prozess dahin reformirte, dass die Provinzialstatthalter in der Regel den Rechtsstreit nicht blos zu instruiren, sondern auch zu entscheiden hatten, dass mithin die iudicis datio regelmässig wegfiel.

Zwar datirt das diocletianische Gesetz, durch welches diese

Reform eingeführt wurde, aus dem J. 294. Trotzdem wird man auch die in Justinians Compilation aufgenommenen früheren diocletianischen Rescripte, in welchen Provincialstatthalter in iurisdictioneller Function erwähnt sind, so verstehen müssen, dass die Provinzialstatthalter nicht blos als Jurisdiktionsmagistrate, sondern auch als entscheidende Richter angesehen werden.

Dafür zeugt z. B. 8 C. 7. 43:

> consentaneum iuri fuit, temporibus ad praesentiam partis adversae praescriptis, praesidem provinciae impleta iuris solemnitate, et adversario tuo ternis litteris, vel uno pro omnibus peremptorio edicto, ut praesentiam sui faceret, commonefacto, si in eadem contumacia perseveraverit, praesentis allegationes audire: quod vel successor eius facere curabit. A quo ter citatus, si contumaciter praesentiam sui facere neglexerit: non abs re erit, vel ad cogendum eum, ut sese repraesentet, vel possessionem bonorum, cui incumbit, ad te transferre, et adversarium petitorem constituere: vel auditis defensionibus tuis, id quod iuris ratio exegerit, iudicare.

Der Schluss der Stelle zeigt, dass die eine Alternative, die dem Kläger bei Contumaz des Beklagten gegenüber dinglicher Klage vor der Litiscontestation zur Wahl steht, in der Möglichkeit besteht, Urtheil in der Sache nach Massgabe seines Vorbringens zu verlangen. Als urtheilendes Organ aber wird derselbe praeses provinciae gedacht, der die processeinleitenden Massregeln getroffen hat.

Dieses Organ wird aber nach unserer Stelle auch thätig, um die missio in bona des Contumax zu verwirklichen, d. i. die andere Alternative, welche der Kläger bei Versäumniss des Beklagten vor der Litiscontestation zu beantragen berechtigt war. Vgl. 8 § 3 C. 7. 39. „. . . si quis . . . sententia iudicis eam detinuit.“

In 2 § 1 C. 3. 19 ist von dem Falle die Rede, wo der von einem mit rei vindicatio beklagten possessor alieno nomine benannte auctor der Ladung zur Uebernahme des Prozesses nicht

Folge leistet. Hier soll der Richter, falls auch die neuerliche Citation durch dreimaliges Edict (cf. l. 8 C. cit) erfolglos blieb, die missio in possessionem decretiren, nachdem er den Klaganspruch summarisch untersucht hat:

> .... iudex .... negotium summatim discutiens in possessionem rerum actorem mitti non differet ....

Die missio in possessionem, welche nach dem justinianischen Gesetze über die Beendigung der Prozesse innerhalb dreier Jahre gegen den säumigen Beklagten angeordnet ist, geschieht durch den iudex:

> 13 § 3 C. 3. 1 .... et iudex ... promere condemnationem non cesset .... et per res et facultates fugientis victori satisfiat, sive ipse iudex ex sua iurisdictione hoc facere potest, sive per relationem ad maiorem iudicem hoc referatur nulla licentia .... concedenda contradicendi, cum in possessionem ex huiusmodi causa actor mittitur.

Das Gleiche ergibt sich aus 9 C. 7. 72 und Nov. 53. c. 4 § 1.

9 C 7. 72, welche von Diocletian und Maximian herrührt, schreibt dem rector provinciae, der nach dem Obigen die Richterfunktion hatte, die Zuständigkeit zur missio in possessionem gegen den latitirenden Beklagten zu: ..... nam si ad circumscriptionem tui iuris latitat nec defendatur et eum tuum esse debitorem constat, ad exemplum edicti bonorum eius possessionem poteris impetrare: .....

Novelle 53 cap. 4 § 1 weist den iudex an: ... iudex .... in possessionem bonorum illius actorem mittat pro portione debiti probati ita ut ille in possessionem missus debiti servandi causa res habeat .....

Missio in possessionem eines Nachlasses durch den urtheilenden Richter wird unter Bezugnahme auf ein Theodosisches, sonst unbekanntes Gesetz in Symmachi epistolae X, 39 §§ 5 u. 9 (Bethmann-Hollweg a. a. O. III. S. 354 ff.) erwähnt.

Nicht minder wird in 10 p C. 7. 72 die missio in possessionem mehrerer Gläubiger zum Zwecke gemeinschaftlicher Befriedigung aus der Concursmasse des Schuldners auf iudicialis sententia zurückgeführt.

Von den erbrechtlichen missiones sehen wir gleichfalls,

dass sie nach dem Rechte des Codex durch den Richter ertheilt wurden. So die missio ex edicto Divi Hadriani und ex remedio de edicto Divi Hadriani tollendo:

3 p C. 6. 33 . . . . si quis . . . competenti iudici testamentum ostenderit . . . . mittatur quidem in possessionem . . . . . § 1 . . . tunc in iudicio competenti causae in possessionem missionis . . . ventilentur.

So ferner die missio in possessionem legatorum causa:

4 § 1 C. 6. 54. Plane ut satis fideicommissorum Artemidora det . . . . apud suum iudicem conveni.

Freilich ist in diesem Rescripte die Competenz des Richters nur für das Gesuch um Auflage der fideicommissarischen Caution ausgesprochen. Allein, da die missio erst die Folge verweigerter Cautionsleistung war, so ergibt sich die Competenz des iudex ohne Weiteres auch für die missio selbst.

Ganz allgemein bestimmt endlich Justinian, dass das prätorische Pfandrecht auf Grund der missio in possessionem durch den Richter verliehen werde:

1 C. 8. 31 (32). Si praetorium pignus quicunque iudices dandum alicui perspexerint . . . .

2 C. eod. Veteris iuris dubitationem decidentes ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud quod a iudicibus datur et praetorium nuncupatur.

Den Vollzug der missio in possessionem, sobald sie einmal durch den Praetor bezw. durch den Richter erteilt war, überliess das römische Recht demjenigen, der sie für sich ausgewirkt hatte.

Das ergibt sich unzweifelhaft aus:

8 D. 42.4. „. . . permitti oportebit, bona rei servandae causa possidere“ und aus 12 D. eodem: Cum legatorum vel fideicommissi servandi causa, vel quia damni infecti nobis non caveatur, bona possidere praetor permittit, vel ventris nomine in possessionem nos mittit, non possidemus, sed magis custodiam rerum et observationem nobis concedit.

Zum Schutze des missus in possessionem gewährte das prätorische Recht drei verschiedene Rechtsmittel: eine actio in

factum und ein interdictum beide regelmässig *) auf die gleiche Condemnation, nemlich quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit gerichtet, sodann unmittelbaren imperialen Zwang.

Diese Schutzmittel stehen dem in possessionem Mittirten in allen Fällen der missio zu und zwar sowohl für den Fall des Widerstandes gegen die Ergreifung des Gewahrsams als auch für den der Vertreibung aus dem ergriffenen Gewahrsam:

a) 14 p D. 42. 4. Si quis creditorem prohibuerit bona debitoris ingredi, datur in eum actio, quanti ea res sit.
1 p D. 43. 4. Ait praetor: Si quis dolo malo fecerit, quomimus quis permissu meo eiusve cuius ea iurisdictio fuit, in possessionem bonorum sit, in eum in factum iudicium, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit, dabo".
§ 2 eod. Est autem generale hoc edictum: pertinet enim ad omnes qui in possessionem a praetore missi sunt: convenit enim praetori omnes, quos ipse in possessionem misit, tueri . . .
§ 3. Haec actio non tantum eum tenet, qui prohibuit quem venire in possessionem, sed etiam cum (statt eum nach Mommsen) qui possessione expulsus est, cum venisset in possessionem. cf. 15 § 36 D. 39. 2. 13 § 15 D. eod; 4 §§ 3. 4 D. 43. 4.

b) 5 § 27 D. 36. 4: Missus in possessionem si non admittatur habet interdictum propositum. (cf. Lenel, das Edictum perpetuum S. 364 § 230.)
3 § D 43. 4. Praetor ventrem in possessionem mittit, et hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. sed si mulier velit in factum actione uti . . . . magis quam interdicto, posse eam experiri sciendum est.
4 p D. 43. 4. Per interdictum etiam ei subvenit praetor qui damni infecti ab eo in possessionem missus est, ne ei vis fiat.
§ 2 eod: Praetor in eum, qui neque cavit, neque possidere passus est eum qui missus est, iudicium pollicetur in tantum, quantum praestare eum oporteret, si de ea re cantum fuerat. cf. 3 p D. 43. 4 (c).

*) S. S. 238 f.

Das erwähnte Interdict und die parallel laufende actio in factum unterscheiden sich wohl lediglich durch die verschiedene Prozedur im Formularverfahren, ein Unterschied, der dem justinianischen Rechte fremd ist. Ueber Verschiedenheit der Voraussetzungen ist in den Quellen nichts enthalten. (Bachofen das römische Pfandrecht S. 469.)

c) 5 § 27 D. 36. 4. .... aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendus est in possessionem.

3 p D. 43. 4: Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit, interdictum locum habere. sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure suae potestatis exequi oportere decretum suum nonnunquam per manum militarem.

Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 348. z. N. 20.

Nach allem ist die missio in possessionem zu definiren als ein prätorisches, im späteren Rechte als ein richterliches Decret, welches den Mittirten ermächtigt, custodiae et observationis causa (12 D. 42. 4) mindestens (s. unten S. 256) die Detention einer fremden Sache oder eines fremden Vermögens zu ergreifen und welches entweder indirect durch actio in factum bezw. Interdict oder direct auf Antrag des Mittirten zwangsweise vollzogen wird.

Die zum Schutze des missus gewährten prätorischen Klagen (interdictum und actio in factum) halfen, wie Bachofen (das römische Pfandrecht S. 468 f.) mit Recht bemerkt, dem missus gegen den Verlust des Gewahrsams nur, wenn derselbe durch Eigenmacht herbeigeführt war, nicht dagegen, wenn dem missus aus Nachlässigkeit die Sache oder die Sachen abhanden kamen und er an der Wiedererlangung des Gewahrsams verhindert wurde. *)

Erst Justinian hat durch 2 C. 8. 22 auch in solchem Falle ein Schutzmittel gewährt:

*) Rudorff, Ztschr. f. gesch. Rechtswissenschaft Bd. IX. S. 17, N 2 behauptet nicht, wie Bachofen a. a. O. N. 6 angibt, etwas Anderes.

Veteris iuris dubitationen decidentes ad duplum genus hypothecarum respeximus, unum quidem, quod ex conventionibus et pactis hominum nascitur, aliud quod a iudicibus datur et praetorium nuncupatur. Et quum invenimus, in conventionalibus pignoribus vel hypothecis non solum tenentem creditorem adiuvari, sed etiam, si ab ea possessione cadat, sive sua culpa sive non, sive fortuito casu humanius esse perspeximus et in praetorio pignore dare recuperationem creditori, quocumque modo possessionem amittat, sive culpa sua sive non sive fortuito casu. Licet enim debuerat incumbere suo pignori, ne aliquam patiatur iacturam, tamen, ne quid amarum in creditoribus consequatur, benignius causam interpretamur, et ei recuperationem donamus.

Die zum Schutze der missio gewährten Klagen waren nicht in allen Fällen der missio die gleichen.

Auch das hebt zuerst Bachofen (a. a. O. S. 470) hervor. Es ergibt sich aus dem Digestentitel 43. 4. Während nemlich hier bis zu l. 4 ganz allgemein von dem interdictum und der in factum actio die Rede und in 4 p gesagt ist, dass der Praetor durch das Interdict auch dem wegen verweigerter cautio damni infecti Mittirten zu Hülfe komme, wird in 4 § 2 cit. dem damni infecti causa missus, unter der Voraussetzung, dass er weder Caution, noch Zulassung zur Detention erlangt hat, ein iudicium versprochen: in tantum, quantum praestare eum oporteret, si de ca re cautum fuerat. Es ist offensichtlich, dass dieses iudicium von demjenigen abweicht, welches in 1 p D. cit. für die übrigen Fälle gegeben war in id, quanti ea res fuit, ob quam in possessionem missus erit. Hier schlechthin Verurtheilung des Widerspänstigen in das Interesse, das der Missus am Vollzuge der missio hat, dort lediglich Verurtheilung nach eingetretenem Schaden auf dessen Ersatz, wie er hätte in der Caution versprochen werden sollen.

Aber auch die Voraussetzung der actio in factum ist bei cautio damni infecti eine von den sonstigen Missionsfällen verschiedene. Sie wird nemlich durch nachträgliche Leistung der cautio beseitigt ebenso wie die missio selbst. (Bachofen a. a. O. S. 378 § 79.)

Eine solche Alternative, entweder zu caviren oder mit actio in factum zu haften, besteht für die übrigen Missionsfälle nicht mit Ausnahme der missio legatorum servandorum causa.

Ebendesshalb wird aber auch unsere actio in factum, wenngleich poenal, im Falle der misso damni infecti causa und der missio legatorum servandorum causa sowohl in heredes als ultra annum gegeben. 1 § 8 D. 43. 4:

> Hanc actionem excepta legatorum missione intra annum competere et non postea sciendum est, cum sit poenalis, nec in heredes similesque personas dabitur, nisi in id quod ad eos ,pervenit: sed heredi similibusque personis dabitur. nam cum prohibitus quis est legatorum vel fideicommissorum causa possessionem adipisci, tunc actio et perpetua est et in heredem dabitur, quia est in potestate successorum evitare interdictum satisdatione oblata.
>
> 17 § 3 D. 39. 2. Actio ista, quae in factum est perpetuo dabitur et heredi et in heredem ceterasque (personas) itemque ceteris personis.

Man muss aber diesen Unterschied nicht auf die actio in factum beschränken, wie Bachofen (a. a. O.) zu thun scheint, wenn er (S. 469) zu der Titelrubrik (43. 4) Ne vis fiat ei qui in possessionem missus erit bemerkt: „Die Allgemeinheit dieser Worte lässt nicht daran zweifeln, dass jede Einweisung ohne Unterschied, welches auch ihr Grund sein mochte, zu der Geltendmachung dieses Rechtsmittels befähigte . . .“ und dann (S. 470) fortfährt: „Nicht so einfach stellt sich die Sache bei der actio in factum. . . .“

Dafür, dass auch das interdictum ne vis fiat ein anderes für die Fälle der Legatsmission und ein anderes für die übrigen Missionsfälle war, gibt die eben angeführte 1 § 8 D. 43. 4 einen sprechenden Beleg, da sie im Eingange von der actio in factum handelnd am Schlusse das, was von dieser ausgesagt worden ist (excepta legatorum missione) ohne Weiteres auf das interdictum überträgt (evitare—oblata). Für das interdictum in Anwendung auf die missio damni infecti causa besitzen wir allerdings ein ähnliches Zeugnis nicht. Man wird daher auch annehmen müssen, dass hier das Interdict nur mit den gewöhnlichen Wirkungen ausgestattet war, dass es mithin

nur intra annum und in heredes nur mit Beschränkung auf quod ad eos pervenit stattfand. Wenn freilich nachträglich Caution geleistet wurde, so konnte auch das Interdict vermieden werden, weil damit die missio selbst fortfiel. Ein rechter Grund dafür, warum gerade nur das Interdict aus der Legatsmission perpetuum war und vererblich, lässt sich freilich nicht ersehen.

Was die Stellung der actio in factum und des Interdictes innerhalb des prätorischen Edictes anlangt, so folgen wir Lenel (das Edictum perpetuum), welcher die allgemein gewährte actio in factum abgesehen von dem Falle der cautio damni infecti unter die Titelrubrik De bonis possidendis, proscribendis vendendis setzt (S. 341), die actio in factum im Falle des missio damni infecti causa unter die Rubrik De damno infecto (S. 299), die Inderdicte aber für jeden einzelnen Missionsfall gesondert in dem Abschnitte De interdictis anführt (S. 364) und insbesondere ein eigenes interdictum ne vis fiat ei qui damni infecti in possessionem missus erit (S. 377), für das er die ständige exceptio aufnimmt: si eo nomine ex edicto meo promissum satisve datum non est et per te stat, quominus ita promittatur satisve detur.

II.

Die Anwendungsfälle der missio in possessionem im römischen Rechte.

Scheiden wir die Anwendungsfälle der missio in possessionem nach ihren Objekten, so ergeben sich, wie oben schon bemerkt ist, zwei Hauptklassen:

I. missiones in possessionem bonorum, Einweisungen in ein ganzes Vermögen und

II. missiones in possessionem rerum, Einweisungen in einzelne Sachen.

Ad I) Hieher sind zu zählen:

1) missio in possessionem rei servandae causa,

2) missio in possessionem legatorum seu fideicommissorum servandorum causa und missio in possessionem Antoniniana,
3) missio in possessionem ventris nomine,
4) missio in possessionem ex edicto Carboniano,
5) missio in possessionem furiosi nomine,
6) missio in possessionem ex remedio legis ultimae Cod. de edicto divi Hadriani tollendo.

1) Die missio in bona rei servandae causa fand im classischen Rechte in folgenden Fällen statt:

a) Zur Execution eines Urteils. Vgl Gaius III. 78: Bona autem veneunt aut vivorum aut mortuorum: vivorum veluti....; item iudicatorum post tempus quod eis partim lege XII tabularum, partim edicto praetoris ad expediendam pecuniam tribuitur.
cf. Lenel, das Edictum perpetuum S. 332 § 202.

b) Zum Schutze des Gläubigers eines Pupillen, wenn Niemand die Defension des Letzteren gegen die Klage des Ersteren übernahm und solange dies nicht geschah.
cf. Lenel a. a. O. S. 333 § 203.

c) Zur Strafe des fraudationis causa latitans wegen vereitelter Einlassung.
cf. Lenel, a. a. O. S. 333 § 204.

d) Zur Gewährung der Rechtshilfe gegen einen Abwesenden, für dessen Defension nicht gesorgt ist.
cf. Lenel a. a. O. § 205; ferner zu a—d Bachofen, das römische Pfandrecht S. 281—298. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. § 106.

e) zum Zwecke der bonorum venditio des bonis cedens.
cf. Lenel a. a. O. § 206.

f) zum Zwecke der venditio eines erblosen und auch vom Fiscus nicht erworbenen Nachlasses.
cf. Lenel a. a. O. § 207.

g) zur Erzwingung des Erscheinens eines Tutor vor dem Praetor, wenn der Erstere sich der Feststellung von Alimenten für den Pupillen durch Abwesenheit entzieht.
7 § 2 D. 26. 10 .... nam adversus eos, qui ne alimenta decernantur, sui copiam perseverant non facere,

ut suis rebus careant praecipitur reique servandae causa pupillus in potestatem mittatur eius, qui suspectus sententia (absentia?) sua factus est, quaeque mora deteriora futura sunt, curatore dato distrahi iubentur.

cf. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 736.

h) zum Zwecke der Sicherung einer Ehefrau für ihre Dotalforderung bei Vermögensfall des Ehemanns während der Ehe.

48 D. 46; 3. 26 § 1 D. 50. 1. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. II. S. 737 Note 7.

i) Zur Erzwingung der Defension derjenigen, die sich hatten arrogiren lassen oder die eine conventio in manum eingegangen hatten, gegen die Ansprüche ihrer Gläubiger aus der Zeit vor der arrogatio bezw. in manum conventio. Die Mission fand hier in die von dem Gewalthaber per universitatem erworbenen bona des Gewaltunterworfenen statt.

Gaius III. 84. IV. 80. cf. Bachofen, das röm. Pfandrecht. S. 295 § 11.

Von diesen Fällen der missio in possessionem rei servandae causa haben sich keineswegs alle im justinianischen Rechte erhalten. Die unter a—f aufgeführten erscheinen im justinianischen Rechte in wesentlich modifizirter Gestalt.

cf. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. III. §§ 157. 159.

Den unter g erwähnten Fall wird man als dem justinianischen Rechte noch angehörig betrachten müssen, da spätere, die 7 § 2 D. 26. 10 ausser Kraft setzende Vorschriften nicht erlassen wurden und die 1 p C. 5. 50: Pupillus, si ei alimenta a tutore suo non praestantur, praesidem provinciae adeat, qui, ne alimentorum praestatione mora fiat, partibus suis fungetur lediglich auf das geltende Recht Bezug nimmt.

Die missio in possessionem dotis servandae causa muss als Sicherungsmassregel im Interesse der Ehefrau ebenfalls noch als praktisch für das justinianische Recht in Anspruch genommen werden, da die 29 C. 5. 12 der Frau lediglich ein Klagerecht auf Restitution der dos durante matrimonis einräumt, während jene missio in possessionem sie

vorbehaltlich der Untersuchung ihres Rechtes auf Restitution in schleuniger Procedur gegen Nachtheile sicher stellen soll. Der unter i namhaft gemachte Missionsfall hingegen besteht im justinianischen Rechte nicht mehr, weil seine Voraussetzung, acquisitio per universitatem durch den Gewalthaber, weggefallen ist.

2) Voraussetzung der missio legatorum seu fideicommissorum causa ist Gefährdung des Vermächtnisnehmers durch Verzögerung der sofortigen Erfüllung des Vermächtnisses und Verweigerung der um deswillen dem Belasteten obliegenden Cautionsleistung, nachdem sie durch prätorisches (richterliches) Dekret auferlegt war. 3 p § 1 D. 36. 4.

vgl. Bachofen a. a. O. S. 393 ff. Dernburg Pfdrecht I. S. 402.

Die Verzögerung musste nach dem Edicte in der Bedingtheit oder der Befristung des Vermächtnisses bestehen.

vgl. Lenel a. a. O. § 287. Rudorff, das Edictum perpetuum § 298. Bachofen a. a. O. S. 304 § 18. S. 307 § 22.

Durch die Interpretation der Juristen wurde die sonstige Verzögerung ebenfalls als Cautions- bezw. Missionsgrund anerkannt.

Bachofen § 22 l. c.

Nur musste in den Fällen, wo die sofortige Anstellung der Legatsklage möglich war, die Caution vor der Litiscontestation begehrt sein.

1 § 9 D. 36. 3. Plane si quis ommissa stipulatione litem de legato contestatus est, probandum est, cessare debere stipulationem.

Bachofen a. a. O. S. 307 Note 3.

Die Caution erforderte satisdatio, d. i. Bestellung von Bürgen.

1 p. § 1 D. 36. 3; 1 § 5; 7 D. 46. 5. Eine Ausnahme s. 7 D. 36. 3.

Verpflichtet zur Caution war nicht blos der belastete Erbe, sondern auch der belastete Legatar.

5 §§ 29. 30. D. 36. 4.

Ob schon vor Antritt der Erbschaft die Caution gefordert

werden konnte, könnte im Hinblicke auf 1 § 4 u. 2 D. 36. 4 zweifelhaft sein. Bachofen (a. a. O. S. 305 § 19) lässt die Cautionsforderung auch vor Antritt der Erbschaft zu, will aber die Forderung zurückgewiesen haben, wenn entweder die Ausschlagung oder die Nichtantretung gewiss ist. Die Beweislast für die Nichtantretung soll den Erben treffen. Ebenso Dernburg (a. a. O.), der jedoch mit Unrecht behauptet, dass Bachofen den Antritt der Erbschaft für überflüssig halte.

Wir meinen jedoch, dass die Interpretation der von beiden Autoren angeführten Stellen zu einem anderen Ergebnisse führen müsse.

> 1 § 4 D. 36. 4: Tunc ante aditam hereditatem satisdandum de legatis est, cum adhuc dubium est, an hereditas adeatur ceterum si certum sit, repudiatam vel omissam hereditatem vel abstentos necessarios heredes, frustra hoc edictum imploratur, cum certum sit, legatum vel fideicommissum non deberi.
>
> 2 D. eodem. Si autem certum sit hereditatem necdum aditam fuisse nec satisdatio, nec possessio locum habet.

Vor Allem darf nicht übersehen werden, dass in 1 § 4 cit. nicht der Zweifel, an hereditas adita sit, sondern der an adeatur als Voraussetzung für die Cautionspflicht vor dem Erbschaftsantritt hingestellt wird. Dass sie noch nicht angetreten sei, muss demnach ohnehin feststehen; zweifelhaft darf nur sein, ob sie angetreten werde. Dem entsprechend wird als Gegensatz des Zweifels bezeichnet die Gewissheit, dass sie ausgeschlagen, oder dass ihr Erwerb unterlassen (omissam), oder dass Abstention des necessarius heres erfolgt sei.

Die Gewissheit der geschehenen Ausschlagung und der Abstention ist Gewissheit, dass nicht mehr angetreten werden kann. Sollte die in die Mitte zwischen Beides gestellte Unterlassung des Erwerbes nicht auch einen Fall bezeichnen, in welchem nicht mehr angetreten werden kann? Und muss das nicht angenommen werden angesichts der am Schlusse beigesetzten Begründung? Denn dass das Vermächtnis nicht geschuldet werde ist doch erst dann gewiss, wenn nicht angetreten werden kann.

Demnach werden die Worte „vel omissam hereditatem“

den Fall bedeuten, wo dem Erben eine Deliberationsfrist (nach vorjustinianischem Rechte) gesetzt war, die er ohne Erklärung hat verstreichen lassen,

69 in fin. D. 29. 2; Gaius II. 167

sowie den Fall, wo der Erbe cum cretione perfecta iustituirt innerhalb der Cretionsfrist nicht angetreten hatte, und endlich den Fall, wo der Erbe einer negativen Potestativbedingung seiner Einsetzung zuwidergehandelt hatte.

Hiezu fügt sich dann auch passend die 2 D. cit. Die Worte necdum aditam würden gegenüber 1 § 4 cit., wo das necdum aditam als ohnehin gewiss vorausgesetzt ist, nicht passen, wenn sie lediglich bedeuten sollten, dass ohne Präjudiz noch nicht angetreten sei. Dazu kommt aber noch, dass, wenn die angeführten Worte lediglich diese Bedeutung hätten, nicht abzusehen wäre, wesshalb nicht blos die Satisdationspflicht verneint wurde. Die 2 cit. würde alsdann vollkommen zureichend bestimmen: „solange noch nicht angetreten ist, keine Cautionspflicht." Denn dass, wo diese fehlte, keine missio wegen Verweigerung der Caution stattfand, war durchaus selbstverständlich. Versteht man aber necdum aditam von versäumter Antretung, so gewinnt der Satz „nec possessio locum habet" plötzlich gute Bedeutung für die Eventualität, dass vor Eintritt der Versäumung — cum adhuc dubium esset, an hereditas adiretur — die Caution gefordert und verweigert, nach Eintritt der Versäumung wegen der Weigerung missio in possessionem beantragt worden wäre.

Demgemäss glauben wir den Satz aufstellen zu dürfen:

Die Caution konnte mit Recht auch vor dem Erbschaftsantritt verlangt werden, solange derselbe überhaupt noch wirksam geschehen kann.

So Brinz, Pand. 2. Aufl. Bd. III. § 428, Note 6. S. 419: mit anderer Begründung Kniep, de cautione et missione legatorum seu fideicommissorum servandorum causa p. 4. 5.

Dagegen kann nicht etwa 7 D. 36. 4 angeführt werden:

Dum venter in possessione est, nullus legatorum servandorum causa in possesione esse potest.

Nicht weil die cautio legatorum serv. causa Erbschaftsantritt voraussetzt, ist sie hier unzulässig (Dernburg a. a. O. S. 406 N. 26), sondern weil derjenige, von dem die Caution

zu leisten wäre, noch gar nicht in rerum natura, einem Andern aber ebenfalls noch nicht deferirt ist.

Vgl. Bachofen a. a. O. S. 306, § 20.

Dass die missio legatorum servandorum causa durch 1 C. 6. 43 von Justinian aufgehoben worden sei, wurde von manchem missverständlich behauptet. Was Justinian in dieser Constitution beseitigt, ist lediglich die Anwendung der missio als Surrogates für die dem Vermächtnissnehmer vor Justinian im Falle eines fideicommissum oder eines legatum per damnationem fehlende rei vindicatio des veräusserten Vermächtnissgegenstandes.

Vgl. Bachofen a. a. O. S. 323 f. § 38. Arndts, Pand. § 559 Anm. Dernburg Pfdr. I. S. 283, 403 f. Brinz, Pand. III § 4. 28, Nr. 3. E. A. Seuffert, das gesetzl. Veräusserungsverbot S. 28—38. Kniep a. a. p. 43. 44. Schröder zur Lehre von den gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen S. 73.

Eine Ausdehnung der missio über ihr ursprüngliches Anwendungsgebiet hinaus sehen wir in der Bestimmung, dass nach Verurtheilung des Belasteten und Verstreichung der Rechtsmittelfrist die missio nachträglich ohngeachtet der 1 § 9 D. 36. 3 (oben S. 243) stattfinden sollte.

9 pr D. 36. 4.

Eine ganz andere Art von missio aber liegt in der missio Antoniniana vor.

5 § 16. 18 D. 36. 4; 6 C. 6. 54.

Sie kann neben der und ohne die missio communis vorkommen. Jedenfalls setzt sie voraus, dass das Vermächtniss fällig, vor dem zusändigen Gerichte geltend gemacht, von da ab jedoch noch sechs Monate lang unerfüllt geblieben sei. Die hiernach erteilte Mission ergriff nicht blos bona hereditaria, sondern auch bona propria heredis und verlieh dem Eingewiesenen das Recht, sich aus den Früchten der bona zu befriedigen.

Vgl. Bachofen a. a. O. S. 319 f. §§ 34—36. Brinz, Pand. III. § 428. Note 30. Kohler, pfandrechtl. Forschungen S. 77.

Ueber die selbständige Bedeutung der beiden Legatsmissionen auch nach Einräumung eines Generalpfandrechts der

Legatare durch Justinian (1 C. 6. 43) s. Bachofen a. a. O. S. 325 f. § 40. Kniep a. a. O. p. 44. 45.

Der Zweck der Legatsmissionen ist klar; sie sollen Zwangsmittel sein, um den cautionspflichtigen Onerirten zur Erfüllung seiner Cautionspflicht zu bestimmen.

3. Die missio in possessionem ventris nomine wird der schwangeren Frau ertheilt, wenn ihr nasciturus im Falle seiner Geburt Erbe des Verstorbenen werden würde. Zweck dieser Mission ist Erhaltung des nasciturus. Gegenstand ist der Nachlass.

Mit der Geburt oder dem sonstigen Wegfall der Schwangerschaft hört die missio auf.

Während der Dauer derselben steht der Schwangeren das Recht auf Alimentenbezug aus dem Nachlass zu.

> Zur Verwaltung der Erbschaft wird ein curator ernannt. Vgl. Näheres Bachofen a. a. O. S. 328 ff. Dernburg a. a. O. S. 405 f. Brinz, Pand. II. Aufl. III. Bd. § 395, Nr. 2.

4. Missio in possessionem ex Carboniano edicto sichert dem Unmündigen, dessen Status als Kind des Erblassers bestritten wird, den Besitz der Erbschaft, falls der Status- und Erbschaftsprozess ohne Nachteil bis zur Mündigkeit des Kindes verschoben werden kann und falls das Kind wenigstens bis zum Beginne des Statusprozesses Caution leistet, oder sein Gegner keine Caution leistet.

Leistet das Kind keine Caution, wohl aber sein Gegner, so gebührt die Verwaltung der Erbschaft dem Gegner. Alimente bezieht das Kind dann nur im Notfalle. Leistet das Kind aber Caution, so gebührt dem Vormunde die Verwaltung und das Kind erhält Alimente schlechthin. Leisten beide keine Caution, so wird die missio in possessionem auch dem Gegner erteilt und ein Curator zur Verwaltung ernannt.

Gleichzeitige Einweisung neben dem Kinde findet jedenfalls d. h. auch bei Cautionsleistung Seitens des Kindes zu Gunsten seines Gegers statt, wenn auch dieser Descendent des Erblassers ist.

> Vgl. Brinz a. a. O. S. 194 f. Nr. 2. Windscheid, Pand. III. § 619. Bachofen a. a. O. S. 334—361.

5. Missio in possessionem furiosi nomine bezweckt, da man einen endgiltigen Erwerb durch den Curator nicht zuliess, einstweiligen Erbschaftsbesitz durch diesen im Interesse des furiosus. Er hört auf mit der Genesung und mit dem Tod des furiosus. Ersternfalls weicht er dem definitiven Erwerb oder der Repudiation Seitens des Genesenen; letzternfalls erfolgt neuerliche Delation an die nächsten Erben des Erblassers.

Während des Provisoriums bezieht der furiosus Alimente aus der Erbschaft. Cautionsleistung ist ihm nicht auferlegt.

cf. Brinz a. a. O. S. 196. Windscheid a. a O. § 620. Bachofen a. a. O. S. 362 ff.

6. Missio in possessionem ex lege ultima C. de edicto divi Hadriani tollendo erfolgte auf Vorzeigung eines unzerstörten und äusserlich fehlerfreien Testamentes, aus welchem sich das Erbrecht des Impetranten ergab, gegenüber dem possessor pro herede und pro possessore.

Ad. II., Als missiones in singulas res sind nachweisbar:

a) Die missio in rem bei contumacia des mit actio in rem Beklagten vor der Litiskontestation.

cf. Justinianus in 8 C. 7. 43. (oben S. 233).

Zwar spricht diese Stelle von transferre bonorum possessionem, allein das Folgende: et adversarium petitorem constituere zeigt, dass es sich dabei nur um Uebertragung der vindizirten Sachen auf den Kläger handelte.

Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. III. S. 306.

Diese missio war auch im vorjustinianischen Rechte der classischen Zeit schon üblich geworden an Stelle der interdicta quem fundum etc. und an Stelle der missio rei servandae causa wegen mangelnder Defension.

Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 571, Note 70.

b) Die missio in possessionem wegen Nichtdefension des Sklaven oder des Thieres, die noxam bezw. pauperiem angerichtet haben.

Vgl. das Nähere über diesen Fall bei Bachofen a. a. O. S. 396. ff.

c) Die missio in possessionem wegen verweigerter cautio damni infecti und

d) die missio gegen denjenigen, dem opus novum nunciirt ist.

Bachofen a. a. O. S. 419 ff. Burckhard in Glücks Erläuterungen, Serie der Bücher 39 und 40. Erster Teil Nr. 55 und 71.

Die beiden zuletzt erwähnten Missionsfälle bedürfen einer eingehenderen Auseinandersetzung, da es bei diesen insbesondere sich fragen wird, ob sie im heutigen Rechte noch Geltung beanspruchen können.

Hiebei kann es natürlich nicht auf eine ausführliche Theorie der cautio damni infecti oder der operis novi nunciatio abgesehen sein. Die Aufgabe ist im wesentlichen nur, Grund und Zweck der genannten Missionen festzustellen.

Was zunächst die missio wegen verweigerter damni infecti cautio anlangt, so fand sie in doppelter Gestalt statt.

Zunächst ex primo decreto, wenn der Cautionspflichtige dem auf Ansuchen des Berechtigten ertheilten prätorischen Befehl zur repromissio oder satis datio gegenüber ungehorsam blieb.

Mit dieser missio erhielt der Pflichtige den erneuten Auftrag, die Caution nunmehr innerhalb angemessener Frist zu leisten. Seine fortgesetzte Weigerung hatte missio ex secundo decreto mit der Wirkung des Eigenthumsverlustes an der missus zur Folge.

Als den dem Institut der missio cautionis damni infecti causa zu Grunde liegenden Gedanken behauptet man,

Bachofen a. a. O. S. 423 f Burckhard in Glücks Erläuterungen, Serie der Bücher 39 u. 40, Zweiter Theil S. 31—42 und S. 652 ff.

der Eigenthümer des schadendrohenden Gebäudes habe nach Analogie der Noxalklagen vor die Alternative gestellt werden sollen, entweder sein Gebäude durch Cautionsleistung zu defendiren oder das Eigenthum an demselben aufzugeben zu Gunsten des Bedrohten.

Richtig ist allerdings, dass der Eigenthümer seine, lediglich auf dem Eigentum ruhende Verpflichtung zur Cautionsleistung durch Dereliction des Gebäudes ohne Weiteres beseitigen konnte, sobald die Caution von ihm gefordert wurde.

Allein damit ist der Grundgedanke noch nicht erwiesen. Es müsste hiezu noch der Nachweis geliefert werden können, dass der Eigentümer des drohenden Gebäudes das Cautionsbegehren auch durch die Bereitwilligkeit zur Ueberlassung des Gebäudes an den Cautionsberechtigten zurückweisen konnte. Davon findet sich keine Spur. Sehr erklärlich! Denn dem Bedrohten war es lediglich um Sicherung des Schadenersatzes, nicht um den Erwerb eines Gebäudes zu thun. Deshalb sollte gegen den Cautionspflichtigen ein schleunig wirkender Zwang geübt werden. Erzwingung der Caution war die Absicht bei Ertheilung der missio ex primo decreto.

Was in 5 pd. 36. 4 von der missio legatorum servandorum causa gesagt ist — ut saltem taedio perpetuae custodiae ex torqueat heredi cautionem — passt auch auf die missio wegen cautio damni infecti und wird von ihr mit andern Worten auch gesagt in 4 § 1 D. 43. 4: Poena autem eius, qui non promittit vel satis non dat, haec est, ut in prossesionem, mittatur adversarius.

Allerdings bedienen sich die römischen Juristen der Analogie des noxale judicium, wo sie die Beschränkung der Haftung des Eigenthümers bei Verweigerung der cautio damni infecti motiviren cf. 7 § 1; 9 p. D. 39. 2. Allein nicht erst für unsere Zeiten bewährt sich der Satz, dass jeder Vergleich hinkt. Das empfinden auch die Schriftsteller, welche dieser Analogie grosses Gewicht beilegen.

vgl. Burckhard a. a. O. S. 38 f.

Am meisten müssen zwei Unterschiede zwischen actio noxalis und Recht auf cautio damni infecti hervorgehoben werden; Einmal, dass die Bereitwilligkeit zur noxae datio jeden weiteren Anspruch ausschloss,

29 D. 9. 4.

während gerade, wie bemerkt, gegenüber dem Cautionsanspruch das Angebot der Gebäudeüberlassung nicht befreiend wirkte; sodann konnte mit actio noxalis auf Entschädigung geklagt, durch noxae datio die Exekution vermieden werden, während eine Klage auf Leistung der cautio damni infecti gar nicht stattfand, sondern ihre Erzwingung sofort durch missio in's Werk gesetzt wurde. Darin liegt nur ein indirecter Zwang.

Allein ein solcher war ja dem classischen Rechte auch auf dem ordentlichen Rechtswege der pecuniaria condemnatio sehr wohl bekannt.

Die Art des gegen den Cautionsweigerer geübten Zwanges erklärt sich freilich einerseits aus der Erwägung, dass die Schadhaftigkeit der Sache den Eigenthümer nicht weiter soll belasten können, als bis zu ihrer Entziehung. Allein das kann doch nicht der einzige Erwägungsgrund gewesen sein. Sonst hätte man ja wohl bestimmt, dass aus dem nach der ersten missio eingetretenen Schaden dem Geschädigten eine Entschädigungsklage zu gewähren sei, der er sich durch Preisgeben des Gebäudes entziehen könne.

Wesshalb statt dessen auch ohne Eintritt eines Schadens lediglich wegen beharrlich verweigerter Cautio eine zweite, Eigentum übertragende missio? War da nicht möglich, dass der Eigentümer sein Eigentum verlor, obgleich sein Gebäude in Wahrheit gar nicht in gefahrdrohendem Zustande sich befand?

Dass dem so war, lässt sich doch eben nur erklären, wenn man annimmt, dass ein starkes Compelle zur Cautionsleistung geschaffen werden wollte, dass mithin die missio allerdings Zwangsmittel sein sollte, vgl. auch Dernburg, Pfandrecht, I. S. 408, 410 u. 412 Nr. 3. Dass nicht beliebige andere Zwangsmittel zur Erreichung desselben Zweckes angewendet werden konnten,

Burckhard, a. a. O. zweiter Theil S. 654

ist richtig, aber für die cautio d. i. nichts Besonderes. Auch die missio rei servandae causa war das einzige Zwangsmittel, wo ihre Voraussetzungen vorlagen und nicht minder die missio legatorum servandorum causa.

Wie es sich mit der in 35 § 3; 36 D. 3. 3. erwähnten missio gegen denjenigen verhalte, dem opus novum nunciirt ist, erscheint recht zweifelhaft:

> 35 § 3 Defendere videtur procurator et si in possessionem venire patiatur, quum quis damni infecti satis vel legatorum, desideret; 36. vel in operis novi nunciatione....

Dass nicht die aussergerichtliche Caution ex operis novi nunciatione gemeint sein kann, wie Rudorff (Ztschr. f. gesch. Rechtswissenschaft Bd. IX. S. 49) will, scheint mir Burckhard

(a. a. O. Erster Theil S. 364 f) dargethan zu haben, indem er zeigt: erstens dass aussergerichtliche cautio ex operis novi nunciatione nur wegen damnum infectum habe gefordert werden können, in der Stelle aber von der cautio damni infecti separat die Rede sei, zweitens dass das Defendere der Stelle vom Procurator ausgesagt gerade dessen gerichtliche Thätigkeit bezeichne.

Burckhard selbst erklärt die Stelle so: Ausgehend von der wohl zutreffenden Ansicht, dass die remissio nunciationis nur gegen Cautionsleistung des Nunciaten ertheilt worden sei, nimmt er an, die Stelle beziehe sich auf die Verweigerung dieser Caution Seitens des die Remission nachsuchenden Procurators. Indem diese wegen verweigerter Caution abgelehnt werden müsse, ergebe sich für den Nuncianten der Besitz d. i. der Zustand der bauhindernden Wirkung der Nunciation. Eigentlich sei das, bemerkt Burckhard (a. a. O. S. 366 f) freilich selbst, nicht missio in possessionem, sondern Erhaltung der possessio, allein man könne es wohl auch missio in possessionem nennen, da ja der Procurator es in der Hand habe, durch Cautionsleistung die possessio zu beseitigen.

Allein es dürfte schwer sein, in den Quellen ein Analogon für eine solche missio in possessionem zu finden, die nur manere in possessione ist.

Diese Erklärung scheint uns darum wenig befriedigend.

Dagegen wird man sich wohl mit Bachofens Auslegung*)

a. a. O. S. 419 f.

befreunden können. Er bezieht die in 35 § 3; 36 D. cit. erwähnte missio in operis novi nunciatione auf den Fall der verweigerten cautio judicatum solvi, nachdem der Nunciant sein Recht zur nunciatio klagend geltend gemacht hatte.

40 § 2 D. 3. 3.

Allerdings verkennt er nicht, dass deren Verweigerung regelmässig translatio possessionis durch das interdictum quem fundum zur Folge hatte. Aber er meint, dass zeitiger Einspruch gegen das Bauunternehmen schleunigeres Verfahren durch missio gerechtfertigt habe. Man könnte auch daran erinnern, dass in

*) Diese Auslegung ist von Burckhard a. a. O. überhaupt nicht berücksichtigt worden.

der Kaiserzeit die Ersetzung des interdictum quem fundum durch missio überhaupt häufig vorkam, s. ob. S. 248 Z. 10 v. u.

Ausser den Objekten der missio in possessionem, welche bis hieher den Unterscheidungsgesichtspunkt bei der Uebersicht über die Anwendungsfälle der missio im römischen Rechte gebildet haben, lassen sich noch andere Eintheilungsgründe für die Classifizirung der Missionsfälle aufstellen: Die Missionen waren teils provisorische Massregeln, teils setzten sie einen entschiedenen Rechtszustand voraus. „Provisorisch" verstehen wir hiebei in dem Sinne, dass die Frage, ob ein behauptetes Recht bestehe oder nicht bestehe, offen bleibt, der späteren Entscheidung überlassen wird, mit Rücksicht auf die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des behaupteten Rechtes aber gewisse Anordnungen einstweilen getroffen werden, die in Wegfall kommen, sobald sich die Grundlosigkeit der Rechtsbehauptung später herausstellt. In diesem Sinne sind nicht alle missiones provisorisch. Wir glauben daher auch annehmen zu dürfen, dass Bethmann-Hollweg (a. a. O. II. S. 736), wenn er als das Gemeinsame aller Missionsfälle den provisorischen Charakter derselben bezeichnet, „provisorisch" in anderem Sinne gebraucht. Provisorisch in dem hier definirten Sinne waren nur:

die missio in possessionem, ex edicto Carboniano, ex remedio legis ultimae C. de edicto Divi Hadriani tollendo, die missio in rem, welche bei Contumaz des mit actio in rem Verfolgten den Besitz auf den Kläger übertrug und wahrscheinlich die missio dotis servandae causa (oben S. 242 lit. h).

In den erbrechtlichen Fällen tritt nemlich der Implorant mit der Behauptung auf, dass er, bezw. der durch ihn Vertretene ein bestimmtes jus succedendi habe. Ob dies richtig ist, wird nicht festgestellt. Ueberall aber wird wegen Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit des behaupteten Rechtes der Zustand einstweilen hergestellt, der dem behaupteten Rechte entspricht und der so lange dauert, bis demnächst der Gegner des missus im Rechtsstreite die Unrichtigkeit der Rechtsbehauptung des missus darthut.

Ebenso wird durch die erwähnte missio in rem der dem behaupteten Klagerecht entsprechende Zustand wegen Contumaz

des Beklagten einstweilen d. h. vorbehaltlich der auf Klage des Contumax gegen den missus ergehenden Entscheidung hergestellt. Das Gleiche ist von der missio dotis servandae causa zu behaupten, wenn sie lediglich zur Sicherung des Rechtes der Frau auf Rückgabe der dos durante matrimonio bestimmt war. Es wurde der diesem behaupteten Rechte entsprechende factische Zustand einstweilen hergestellt vorbehaltlich der Entscheidung darüber, ob dieses Recht bestand.

In allen übrigen Missionsfällen fehlt es an dem geschilderten Charakter der Vorläufigkeit.

Missio in possessionem bonorum rei servandae causa ist Zwangsmittel zur Durchsetzung des feststehenden Rechtes auf Einlassung oder des durch Urtheil zuerkannten Privatrechts; ähnlich die missio bei Noxalklagen.

Legatorum servandorum causa wird missio ertheilt behufs Erzwingung des feststehenden Sicherungsrechts der Legatare, die Antoninianische Mission gar zur Befriedigung des Vermächtnissnehmers, dessen Vermächtniss unbestritten aber auch unbefriedigt ist.

Bachofen a. a. O. S. 321 § 36.

Ventris nomine erlangt die Schwangere die missio um ihres unbestrittenen Rechtes willen, Alimente für sich aus dem Nachlass zu beziehen.

Die missio furiosi nomine setzt die Gewissheit darüber voraus, dass der furiosus der nächst Berufene sei und erscheint überhaupt mehr als Erbrecht von beschränkter Dauer, denn als Besitzeinweisung bereits im römischen Rechte.

Brinz a. a. O. III § 395 2. 6. S. 196.

Wegen verweigerter cautio damni infecti sehen wir missio ertheilt, um den Widerstand des zweifellos Pflichtigen zu brechen; nicht minder endlich ist die missio in dem Falle der operis novi nunciatio Mittel zur Realisirung eines feststehenden Rechtes auf Sicherung.

Ueberall ist in diesen Missionsfällen Vollzug der missio nicht Herstellung des einem blos behaupteten Rechte entsprechenden Zustandes; nirgends kann ein Rechtsstreit darüber geführt werden, ob der missio ein Recht zu Grunde lag oder nicht, ausser etwa da, wo die Frau die missio ventris nomine

arglistig erwirkt hatte, weil sie nicht schwanger war. Doch dreht sich dieser Rechtsstreit auch nicht um die Frage, ob missio wegen mangelnden Rechtes aufhören müsse, sondern um die Schadenersatzpflicht des dolosen Weibes.

Mit dem Gesagten steht es nicht im Widerspruche, dass auch die zuletzt genannten Missionen nicht stattfanden, wenn nicht die Erfüllung ihrer rechtlichen Voraussetzungen unzweifelhaft war. Der Unterschied besteht eben darin, dass hier Voraussetzung der missio gegenwärtige Existenz eines durch missio zu realisirenden erwiesenen oder unbestreitbaren Rechtes war, dort die Behauptung eines möglichen oder wahrscheinlichen Rechts ein Recht auf missio begründete.

Wohl vereinbar mit dem aufgestellten Begriffe des „Provisorium" ist es weiterhin, dass auch jene Missionen, die wir nicht als provisorische Massregeln ansehen, mit der Zeit hinfällig werden oder von vorneherein nur auf bestimmte Zeit berechnet sein konnten. Denn dass in der zeitlichen Beschränkung das Merkmal der „provisorischen" Eigenschaft nicht gelegen sein konnte, zeigen gerade die erbrechtlichen Einweisungen, für welche die provisorische Eigenschaft beansprucht werden musste. Denn gerade diese werden in der Regel in das Definitivum übergehen, wenn nemlich der missus in dem späteren Streit über sein behauptetes Recht obsiegt oder wenn der adversarius ihn gar nicht angreift.

Mit dem Unterschiede zwischen den provisorischen und den definitiven Missionen möchte wohl das Erforderniss resp. die Ueberflüssigkeit der causae cognitio vor Ertheilung der missio zusammenhängen.

Auf einfache postulatio hin und lediglich unter Vorbehalt einseitiger Prüfung ihrer gesetzlichen Bedingungen wurden vom Prätor ertheilt missio: rei servandae causa, legatorum servandorum causa, Antoniniana, damni infecti causa, furiosi und ventris nomine.

vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. IV S. 561; § 114 Note 27; § 120 Note 19.

Causae cognitio erforderten dagegen missio ex Carboniano edicto und ex remedio legis ultimae Cod. 6. 33.

vgl. 1; 2 C. 6. 33 und Brinz Pand. III § 395 S. 195.

Dass für missio ventris nomine gleichfalls vorgängige causae cognitio regelmässig habe stattfinden müssen, folgt aus 2 §§ 1. 2 D. 38. 15, welche Bethmann-Hollweg a. a. O. dafür anruft, u. E. nicht.

Ausnahmsweise allerdings war sie auch in diesem Falle nötig, dann nemlich, wenn dem nasciturus der Status bestritten wurde.

vgl. Brinz a. a. O. § 395 zu Note 13.

Die Missionen unterschieden sich endlich hinsichtlich ihrer Wirkungen.

Wir finden missiones mit der Wirkung blosser custodia und observatio und solche mit der Wirkung juristischen Besitzes, ja zwei missiones (ex secundo decreto bei verweigerter cautio damni infecti und noxae causa vgl. Bachofen a. a. O. S. 408) sogar mit der Wirkung des Eigentumserwerbes für den missus. Es gab Missionen mit und ohne Verkaufsrecht und Missionen, die pignus praetorium erzeugten, andere, denen dieser Effect fehlte.

Lediglich custodia und observatio erlangte der missus durch die alte missio rei servandae causa 3 § 8 D. 43. 17; 3 § 23 D. 41. 2; 10 § 1 eodem; durch missio legatorum servandorum causa, damni infecti causa, ventris nomine 12 D. 42. 4 (oben S. 237).

Diese custodia und observatio war zudem nicht eine ausschliessliche, sondern sie fand neben dem Besitze des Gegners statt.

Vgl. 5 p D. 36. 4; 15 § 20. D. 39. 2; 1 §§ 17 seq. D. 37. 9. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 675 N. 42.

Juristischen Besitz hingegen verschaffte die missio furiosi nomine*) die missio ex edicto legis ultimae C. 6. 33, die missio Carboniana die missio in rem gegen den mit dinglicher Klage Belangten wegen Contumaz vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 570 N. 67. 571 N. 70. u. 8 C. 7. 43 (oben S. 233. et adversarium possessorem constituere") die missio gegen den Nunziaten (oben S. 251).

Verkaufsrecht hatte die missio rei servandae causa in der Regel (s. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 564 f.; Bachofen a. a.

*) A. M. Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 738 No. 1, allein gegenüber 7 § 3 a C. 5. 70 (verba: „... et ad similitudinem bonorum possessiones habere") wohl mit Unrecht.

S. 297 f.) im Gefolge; alle anderen Missionen gewährten dieses Recht nicht.

Vom pignus praetorium wird in 26 D. 13. 7. gesagt: Non est mirum si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit pignus constituti ..... Daraus möchte man schliessen, dass in jedem Missionsfalle ein pignus praetorium entstehe. Dennoch wäre nichts unrichtiger als diese Annahme. Man wird vielmehr nicht fehlgehen mit der Behauptung, dass nur jene missiones ein pignus praetorium begründeten, welche dem missus lediglich custodia und observatio gewährten, dagegen nicht jene, mit welchen Besitz oder gar Eigentumserwerb verbunden war. Deshalb hat bereits Dernburg (Pfandrecht Bd. I. S. 401 Note 3) mit Recht die Pfandwirkung abgesprochen der missio in rem gegen den Contumax, der missio in servum oder in animal noxium, der missio furiosi nomine, ex Carboniano edicto und ex lega ultima C. 6. 33. vgl. auch Bethmann-Hollweg a. a. O. II. S. 739.

Wenn Bethmann-Hollweg (a. a. O) die Pfandwirkung auch bei missio ex Carboniano edicto und furiosi nomine eintreten lassen will, so dürften dieser Ansicht die nemlichen Gründe entgegenstehen, welche im Folgenden für den Nichteintritt der Pfandrechtswirkung bei den übrigen, den juristischen Besitz verleihenden missiones namhaft gemacht werden sollen.

Diese Gründe sind:

a) Trotz des allgemeinen Satzes in 26 D. 13. 7 finden wir abgesehen von den missiones, welche blosse custodia und observatio gewähren, ein pignus praetorium in keiner Einzelentscheidung anerkannt.

   Vgl. die Zusammenstellung bei Bachofen a. a. O. Abschnitt XIV.

b. Das Pfandrecht setzt eine Forderung voraus, der es zur Sicherung dient.
   Eine solche ist in den Fällen der missio mit juristischem Besitze durchweg zu vermissen mit Ausnahme der missio ex secundo decreto bei cautio damni infecti. Gerade diese missio aber verschafft Eigentum, also nicht Pfandrecht.

Darüber, dass auch in den Fällen, wo Pfandrecht durch

missio begründet wird, dessen Umfang und Inhalt von dem des regelmässigen Conventional- oder gesetzlichen Pfandrechts erheblich abweicht, s. Dernburg, Pfandrecht I § 52. —

III.

Das heutige Recht.

Die an die Spitze gestellte Frage nach der Anwendbarkeit der missiones in possessionem wurde im Hinblick auf einzelne Fälle derselben bereits von den älteren Practikern und Theoretikern aufgeworfen.

Hiefür mögen einige Beispiele Platz finden.

Lauterbach, Collegium theoretico-practicum bemerkt über cautio und missio damni infecti in § 29 zu D. 39. 2:

Hanc actionem hodienum denegandam non esse probat Schilterus. Consultius tamen, si iudex iussum decretumve suum aliis atque arctioribus modis, scilicet incarceratione, mulcta, captis pignoribus, quod quidem jure Romano non permittebatur, exequatur tradunt Hahn et Mevius.

Ferner § 26: In foro Saxonico non frequentatur, sed ibi alia poena introducta, qua magistratus decretum suum de praestanda cautione ad effectum deducit.

Albi tamen in Germania adhuc in usu esse dubio caret.

Von der missio legatorum servandorum causa sagt derselbe ad. D. 36.4. Nr. V:

per hanc immissionem acquiritur pignus praetorium quod tamen novo jure supervacaneum est, quo tacitam habet hypothecam in omnibus rebus hereditariis.

Im Uebrigen hehandelt Lauterbach ad. D 42. 4. Nr. VI. die Frage nach der Form der Besitzeinweisung und erfordert dafür richterliches Decret und Einführung des Imploranten auf Grund des Decretes in den Besitz durch apparitores, setzt auch die practische Geltung der Missionen im Allgemeinen voraus.

Der von ihm allegierte Schilter, praxis jur civ. Rom. in

foro Germanico sagt in der 42. exercitatio ad Pandectas § 38:

Groenewegen leugne zwar die Geltung der cautio und missio damni infecti, aber Mevius ad ius Lubecense p. IV. tit. 3. art. 5 nehme für's Lübische Recht die Geltung in Anspruch etsi statuta illa soli admonitioni tribuant vim damni reparationem petendi. Dann berichtet er: Jure reipublicae Frankofurtanae ad Moenum itidem sine cautione ... tenentur possessores ruinosarum aedium intra annum reficere aedes sub poena caduci.

Zum Schlusse teilt er einen practischen Fall mit, wo das Verlangen einer Entschädigung abgewiesen wurde, weil keine Caution geleistet, bezw. verlangt war.

Stryck, usus modernus pandectarum ad. D. 39. 2 § VI. VII. äussert über denselben Gegenstand:

De camera imperiali etiam res certa est, quod ibi talis missio non frequentatur, quippe quae expresse abrogata per recessum imperialem de 1654 § wurde hierauf ibi: jedoch mit hinführiger Aufhebung der bishero gebräuchlichen zwei Wegen .... oder missio ex primo vel secundo decreto zu procedieren.

Ita et iure Saxonico. Nolim tamen exinde inferre, quod missio ex primo et secundo decreto universalibus Germaniae moribus reprobata fuerit. Ex illis enim quae Hahnius ad Wesenbecium h. A. passim, in specie autem Nr. 3 verb. forma perveniendi in fine adducit, non obscure apparet, missiones illas in ducatu Brunsuicensi es Luneburgensi non adeo esse infrequentes et vocantur der Einsatz aus erster und ander Erkänntnis .... Quoad alias provincias, in quibus de hac missione expressae leges non adsunt, valde placent quae habet Ulricus Huberus in praelectionibus ff. ad. 1. num. 4: „apud nos (in Frisia) inquit, sententiam huius edicti usu frequentari vix animadvertere datum est. Plerumque domini aedium ruinosarum sunt inopes et vicini non solent eas aedes tanti facere, ut per multos juris ambages ejus modi aedificiis potiantur. Ideoque fere accidit, ut Magistratus illis manus iniiciant et si dominus contumaciter absit nec ad reparandum cogi possit, vendant domus cum onere eas reparandi. Non dubito

tamen, addit, quin apud nos si quis tanti aestimet domum ruinosam a domino desertam, missionem in possessionem si velit impetrare possit; aut si dominus solvendo sit, verum contumaciter reficere nolit, quin hoc casu civiliter experiri possit".

Jure tamen Brunsuincensi et Luneburgensi praeter missiones in possessionem alia etiam remedia contra contumacem dari asserit Hahnius l. c.

Leyser, meditationes ad Pandectas behandelt in volumen VI. specimen 408. ad Dig. 36. 4 die cautio und missio legatorum servandorum causa und ist veranlasst, ausdrücklich zu bemerken:

missio legatariorum .... in possessionem adhuc hodie utilis est. Decerni tamen non debet tunc, quum periculum nullum subest.

Für diese beschränkte Anwendung der missio beruft er sich auf ein Urteil vom April 1717, welches die missio ablehnte, weil der Erbe ein Lehengut hatte, das „sattsame Sicherheit" biete für das in Frage stehende Legat von 2000 Thalern.

Auch Stryck a. a. O. volumen II. S. 1077 ff. ad Dig. 36. 3 sagt von der Legatscaution und -Mission, dass sie zweifellos noch practisch seien. Er allegirt hiefür ein Urteil vom Januar 1710, fügt jedoch beschränkend bei, dass auf Grund der Novelle 53 c. 4. in praxi recipirt sei, nur in so viele res hereditariae die missio zu erteilen, als zur Sicherung der Legatsforderung erforderlich, und bezeichnet Hahn und Brunemann als Gewährsmänner.*)

Auch der missio ventris nomine gedenkt Stryck als eines noch practischen Instituts.

J. H. Böhmer, ius ecclesiasticum protestantium befasst sich lediglich mit der missio rei servandae causa wegen Ungehorsams des Beklagten und führt aus (tom. I. liber II. Tit. XV. §§ 2. 6. 9—18), dass in Folge des canonischen Rechtes diese missio sich wesentlich abweichend vom römischen Rechte gestaltet habe und in dieser abweichenden Gestalt in den meisten Territorien recipirt worden sei.

G. L. Böhmer, Auserlesene Rechtsfälle Bd. II. S. 518. Nr. 47, führt ein Rechtsgutachten der Göttinger Juristenfakultät

*) cf. Kniep a. a. o. p. 49.

an, in welchem gelegentlich bemerkt wird: „dieweil in Ansehung eines dem Einsturz drohenden Hauses die Rechte nur die cautionem damni infecti und bei dessen erfolgter Verweigerung die immissionem in possessionem verfügen".

Interessantes Zeugniss über die Unsicherheit der Meinungen sowie über die praktische Anwendung gibt L. C. Schroeder in seinem opusculum de natura et effectibus pignoris praetorii, Marburg 1751.

In § 161 bemerkt er: Usus enim hodiernus est potissimum ex libris et commentationibus iureconsultorum pragmaticorum hauriendus, qui si ulla in re, hic certe solent maxime dissentire.

In § 166 findet sich folgende Auslassung: . . . Creditorum enim missiones non solum frequentioris sunt usus in foro; sed etiam rarius usu veniunt caeterae missionum species, quae apud Romanos legatorum servandorum causa, vel damni infecti vel ventris nomine fiebant, ut altum de iis sit apud plerosque interpretes silentium, qui de hodierno iuris romani usu sunt commentati.

Hellfeld, jurisprudentia forensis, will (§ 1682) der missio damni infecti causa nicht jede practische Bedeutung absprechen, sagt jedoch von der missio legatorum servandorum causa (§ 1597): Hodie plerumque sequestratio vel depositio decernitur ideoque raro huius tituli usus est, dagegen von der missio in bona tutoris (s. oben S. 9, g): immo si tutor vel curator alimenta minori non procurat, missio in bona eius decernitur.

Glück weist zunächst in seinen Erläuterungen Bd. III. § 257 die missio rei servandae causa wegen Contumaz des Beklagten unter Bezugnahme auf den J. R. A. v. 1654 § 36 als unpractisch zurück; sodann beschliesst er in Bd. XVIII. § 1080 die Erörterung über die das prätorische Pfandrecht begründenden missiones des römischen Rechts, wie folgt (S. 266 f):

> „Heut zu Tage fällt dies Alles weg. Die Immission kommt, wie überhaupt, so auch in Schuldensachen, in Teutschland nicht mehr vor, am wenigsten aber in sofern sie nach dem Römischen Rechte als ein Mittel, den Ungehorsam zu bestrafen, gebraucht wurde. Denn in dieser Hinsicht ist sie selbst in den teutschen Reichsgesetzen aufgehoben . . . . Ohnehin macht die den Legataren und

Fideicommissaren gegebene gesetzliche Hypothek die cautio legatorum servandorum und mithin auch die im Weigerungsfalle vom Prätor verfügte Immission des Legatars überflüssig . . . Ebenso ist auch die missio damni infecti causa nicht mehr im Gebrauch. Denn die Caution wird jetzt für geleistet angenommen, und dieses Präjudiz gleich in dem Decret, wo nur die Cautionsleistung auferlegt wird, auf den Unterbleibungsfall angedrohet. Nur die missio in possessionem ventris nomine ist es allein, welche noch jetzt im Gebrauche ist". —

Schweppe, das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung Bd. III. § 606. Bd. V. §§ 842—845. 900. trägt die missio furiosi nomine, ventris nomine, ex edicto Carboniano und die Legatsmissionen als practisches Recht vor.

Thibaut, System des Pandectenrechtes (§ 734) bemerkt von der missio damni infecti causa: „Uebrigens können alle diese, an sich dem römischen Rechte gemässen Grundsätze bei unserer heutigen Baupolizei nur selten Anwendung finden".

Ebensowenig wie unter den älteren Schriftstellern besteht in Bezug auf die Anwendbarkeit der missiones unter den Modernen Einigkeit.

Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn S. 180 f, bestreitet der missio damni infecti nomine die Reception.

Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts S. 348—351, erklärt für aufgehoben die missio rei servandae causa wegen Ungehorsams des Beklagten, „indem Arreste, Sequestrationen, provisorische Verfügungen an deren Stelle meist durch abgeändertes Processverfahren getreten sind", ferner die missio legatorum servandorum causa, die schon durch das gesetzliche Pfandrecht der Legatare nach 3 § 2 C. communia de legatis beseitigt worden sei, wogegen er die missio ventris nomine, ex Carboniano edicto und furiosi nomine ausdrücklich als noch practisch bezeichnet.

Die missio damni infecti causa hält er für ersetzt durch andere Ungehorsamsstrafen, indem die Sicherheit auf den Fall,

dass sie geschehener Auflage ungeachtet unterbleibt, zur Strafe des Ungehorsams für geleistet angenommen wird.

Im Gegensatze hiezu tritt Burckhard in Glücks Erl. Serie der Bücher 39 und 40, zweiter Teil, Nr. 52, S. 641 ff. mit aller Entschiedenheit für die practische Geltung dieser letzteren missio ein.

Dernburg, Pfandrecht Bd. I, S. 416, hält die missio rei servandae causa, soweit sie nicht durch den J. R. A. v. 1654 wegen Contumaz des Beklagten und durch das moderne Concursverfahren beseitigt sei, zur Vollstreckung von Urteilen noch immer für anwendbar, ebenso die Legatsmission und die missio ventris nomine. Die missio damni infecti causa erachtet er zwar für möglich, doch für ungebräuchlich. In der Regel werde durch Fiction der Cautionsleistung oder durch baupolizeiliche Massregeln heutzutage vorgegangen.

Was die neueren systematischen Darstellungen des gemeinen Rechtes anlangt, so behandeln sie vorwiegend die römischen Missionsfälle als geltendes Recht. Statt vieler vergleiche man z. B. Arndts Lehrbuch der Pandecten §§ 93, Nr. 2. 372 Nr. 1; 328; 535, 536, 559; Windscheid (6. Aufl.) I § 233, N. 2., II, § 459; III §§ 617, 619, 620, 648. Vangerow Lehrbuch der Pandecten. I. S. 192 ff. 330 ff. II. 459 ff. III. 550 ff. II. 510, 511 und 532.

Doch fehlt es auch nicht an Dissentienten. Wenn auch nicht schlechthin die missio in possessionem aus dem practischen Rechte verwiesen wird — so z. B. nicht legatorum servandorum causa —, so wird sie doch anderseits auch nicht durchweg als geltendes Recht angesehen von Brinz, wenn er zur Lehre von der cautio damni infecti (Lehrbuch der Pandecten 2. Aufl., Bd. I. S. 684 f.) resumiert: „Allein viel weniger als die Uebung der Caution scheint die unserer Immissionen nachgewiesen werden zu können; selbst in der Doctrin herrscht die Gewährung der „Rubrischen“ in factum actio oder die Verweisung auf unmittelbares Eingreifen der Gerichte oder der Polizei vor“ und hiezu Anm. 14: „die von Burckhard aus Hesse aus neuerer Zeit beigebrachten Erkenntnisse scheinen doch mehr blos das Recht zur Immission, als deren wirkliche Vornahme zu beweisen.“ Ganz ablehnend verhalten sich Seuffert, practisches

Pandectenrecht, Sintenis, das practische gemeine Civilrecht und Dernburg, Pandecten.

Vgl. Seuffert §§ 198, Nr. 1; 429; 617; Sintenis I § 35, Nr. II; II. § 127 a. E. III. § 211, Note 12; Dernburg I §§ 167. a. E.; 231; 270. II § 56.

Ausführlichere Begründung für diesen negativen Standpunkt findet sich bei Sintenis a. a. O.

Wir unsererseits teilen diesen Standpunkt, wenngleich nicht durchweg aus denselben Gründen. —

War schon für das frühere gemeine Recht, was Sintenis über die missio rei servandae causa (a. a. O. Bd. I. § 35. Note 58) sagt, begründet, dass nemlich die Aufhebung dieser missio aus dem ganzen Gange der processualischen Umgestaltungen in Deutschland folge (vgl. Schröder Opusculum de natura et effectibus pignoris praetorii § 168), und dass auch da, wo Einweisungen in den Besitz noch vorkämen, wie die des curator bonorum im Concursprocesse und bei provisorischen Verfügungen, es durchaus an einem directen Anknüpfungspunkte an das römische Recht fehle, so muss dies noch vielmehr und zwar für alle missiones in possessionem im heutigen Rechte seit Einführung der Reichsprocessgesetze am 1. Oktober 1879 gelten.

Die missio in possessionem war, wie sich aus dem oben sub. I und II Angeführten ergibt, ein durch und durch processrechtliches Institut, welches mit der besonderen Gerichtsverfassung des römischen Rechtes auch noch im justinianischen Rechte aufs Engste zusammenhing.

Da in Deutschland weder diese Gerichtsverfassung, noch das römische Civilverfahren recipirt wurden, so konnte die gewissen civilrechtlichen Ansprüchen dienende Procedur der missio gemeinrechtlich keinen Boden fassen.

So war es denn auch nur dem Namen nach eine missio in bona, was die Kammergerichtsordnung von 1555 Th. III. Tit. XLIII und XLVIII von der Einsetzung der einen Partei in „Haab und Güter" der andern wegen deren Contumaz oder zum Zwecke der Execution bestimmt, wie sich unter Anderm z. B. schon daraus entnehmen lässt, dass nicht actio in factum oder interdictum ne vis fiat den Vollzug der missio in bona sicherte, sondern die Thätigkeit der Executoren und Vollzieher.

Auf diese Einsetzung in die Güter übertrugen die gemeinrechtlichen Practiker im Anschluss an das canonische Recht willkürlich die Bezeichnungen missio ex primo und ex secundo, decreto, die die römischen Quellen nur bei Verweigerung der cautio damni infecti kannten. Man verstand unter missio ex primo decreto die Ermächtigung, des Schuldners Habe wegnehmen zu lassen, unter missio ex secundo decreto die Ermächtigung zum Verkauf derselben bei fortgesetzter Contumaz, oder zum Zwecke der Vollstreckung.

Vgl. Böhmer, jus eccles. prot. tom. I. liber II. Tit. XV. §§ 2. 6. Sintenis a. a. O. Bd. I. § 35, Nr. II. Burckhard a. a. O. S. 648 f.

Der letztgenannte Schriftsteller ist nun freilich durchaus im Rechte, wenn er sagt, dass die Aufhebung der eben erwähnten missio ex primo und ex secundo decreto für den Fall der Contumaz des Beklagten, welche durch § 36 des J. R. A. v. 1654 erfolgte, kein Grund für die Aufhebung der missio ex primo und secundo decreto im Falle verweigerter cautio damni infecti sei. Lediglich auf Confundirung dieser ganz heterogenen Missionen beruht daher auch das, was Stryck in der oben (S. 259) angeführten Stelle auseinandersetzt. Allein daraus folgt nun noch keineswegs die Zulässigkeit der missiones damni infecti causa oder anderer.

Es kann nicht zugegeben werden, dass die missio damni infecti causa „ein so wesentliches materielles Stück des ganzen Institutes sei, dass ohne sie der Charakter desselben ein total anderer sein würde“

Burckhard a. a. O. S. 651.

Das soll unten noch begründet werden.

Einstweilen sei hervorgehoben, dass nicht bloss für die von Burckhard aus Hesse angeführten Erkenntnisse gilt, „sie schienen mehr die Anerkennung des Rechtes auf missio als deren Vorkommen zu beweisen,“ (vgl. die oben S. 263 Z. 4 v. u. citirte Bemerkung von Brinz). Auch die Ausbeute, welche das Seuffert'sche Archiv für Entscheidungen bietet, führt zu keinem andern Ergebnisse.

Seuff. Arch. Bd. 7, 185; 9, 34. 35; 17, 51. 122; 19,

236; 22, 211; 24, 37; 25, 219; 29, 9; Neue Folge: 1, 114. 334; 3, 28—31. 228. 229. 230; 4, 303; 7, 214.

Dasselbe gilt aber auch von der missio legatorum servandorum causa. Ueberall, wo die Gerichte sich mit der cautio legatorum servandorum causa befassen, erkennen sie wohl ein Recht auf dieselbe an, der missio erwähnen sie nicht.

Seuff. Arch. Bd. 2,74; 5,206. 208; 9,319; 17,74; Neue Folge: 1,349; 3,144; 8,142.

Könnte aber auch daran noch gezweifelt werden, ob die missio des römischen Rechtes sich mit dem gemeinen Processrechte vertrug, so kann ein derartiger Zweifel gegenüber dem jetzt geltenden Reichsprocessrechte nicht aufkommen, sobald einmal zugegeben werden muss, dass die missio dem römischen Processrechte angehört.

Denn § 14 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zur Civilprocessordnung für das deutsche Reich und § 4 des Einführungsgesetzes zur Reichsconcursordnung lassen über die Beseitigung aller nicht vorbehaltenen landesgesetzlichen Vorschriften processrechtlichen Inhalts keine Meinungsverschiedenheit mehr zu.

Dem gegenüber kann nur noch die Aufgabe sein, zu untersuchen, mit welchen Mitteln des jetzigen Reichsprocessrechtes die Realisirung der den missiones zu Grunde liegenden materiellrechtlichen Ansprüche möglich sei.

Mithin fällt vor Allem die missio in possessionem rei servandae causa in allen ihren Anwendungen.

Soweit sie den Einlassungszwang vermitteln sollte, war sie ohnehin schon durch die alte Reichsgesetzgebung beseitigt. Als Mittel der Vollstreckung von Urteilen nach unserer Ansicht ebenfalls [1]; jedenfalls sind nunmehr allein die Vorschriften des achten Buches der CPO. für das deutsche Reich massgebend.

Die Concursordnung hätte die missio zum Zwecke der gemeinschaftlichen Befriedigung der Gläubiger eines Schuldners verdrängt, wenn man nicht ebenfalls schon für den gemeinen

[1] Vgl. Linde, Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses. 7. Aufl. §§ 230. 370. 373. 374. — Heffter, System des römischen und deutschen Civilprozessrechts 2. Aufl. §§ 516. 518. Martin, Vorlesungen über die Theorie des deutschen bürgerlichen Prozesses Bd. II. S. 348. 357 f. Bayer, Vorträge 10. Aufl. §§ 334—336.

Process annehmen müsste, dass dessen Concursverfahren an Stelle der missio rei servandae causa getreten war.

Die missio rei servandae causa in dem oben S. 241 lit. g erwähnten Falle ist mit der heutigen Organisation und Aufgabe der Obervormundschaftsbehörden nicht vereinbar. Die missio dotis servandae causa muss wie alle andern einen provisorischen Charakter tragenden Missionsfälle (s. oben S. 253 a. E.) heute nach § 16 Nr. 4 des Einf.-Ges. zur CPO. behandelt werden, d. h. es besteht auch heute das Recht auf provisorische Regelung, dieses Recht führt jedoch nicht zur missio in possessionem, sondern zur Erlassung einer „einstweiligen Verfügung" im Sinne der CPO. Welche Massregeln der Richter zu diesem Zwecke für angemessen hält, überlässt das Processrecht ihm ganz allein zu bestimmen. Es zwingt ihn nur, irgend eine angemessene Massregel anzuordnen, und zwar auch dann, wenn es an den erst im Processrecht aufgestellten Voraussetzungen der einstweiligen Verfügungen fehlen würde.

CPO. §§ 814. 819.

Die missio legatorum servandorum causa könnte man sich etwa im heutigen Rechte so ersetzt denken, dass der Vermächtnissnehmer auf Cautionsleistung durch Bürgenstellung klagt. Allein die Vollstreckung des Urteils liesse sich durch die Mittel der CPO. nicht erreichen.

Weder § 773 noch § 774 CPO. würden zum Ziele führen. Aber auch § 778 CPO.:

> „durch die Bestimmungen dieses Abschnittes wird das Recht des Gläubigers nicht berührt, die Leistung das Interesse zu verlangen"

könnte nicht helfen. Denn er setzt das Recht auf Interesseleistung voraus, welches dem Vermächnisnehmer gemeinrechtlich bei verweigerter Legatscaution nicht eingeräumt ist.

Anders läge die Sache, wenn man als gemeinrechtliches Gewohnheitsrecht annehmen dürfte, was ein Urteil des Oberlandesgerichts Celle aus dem Jahre 1877 (Seuff. Arch. N. F. Bd. 3. 144) behauptet, *) dass die Legatscaution auch durch Pfandbestellung geleistet werden könne oder müsse.

Ein Urteil auf Pfandbestellung wäre nach CPO. § 779

*) cf. Kniep a. a. O. p. 48. 49.

vollziehbar. In diesem Falle könnte auch an die Verschaffung eines Arrestpfandes gedacht werden. Allein dieser Gedanke muss zurückgewiesen werden, weil für die Erlassung des Arrestbefehls lediglich die CPO. selbst massgibt, ein dem § 16 Nr. 4 des Einf.-Ges. z. CPO. entsprechender Vorbehalt für den Arrest fehlt und die Legatscaution eine provisorische Massregel, welche etwa durch „einstweilige Verfügung" vollzogen werden könnte, nicht ist.

Danach muss für das heutige Recht, wenn nicht die vorerwähnte Ansicht des Oberlandesgerichtes Celle acceptirt wird, die Legatscaution als ein unrealisirbares Rechtsinstitut, d. h. als ausser Geltung gesetzt betrachtet werden.

Ob eine missio legatorum servandorum causa früher möglich war, lässt das allegirte Urteil von Celle selbst dahingestellt.

Eine Lücke würde sich durch Beseitigung des Instituts der Legatscaution Angesichts der Vorschriften des § 796 der CPO. übrigens nur für den Fall des bedingten Legats fühlbar machen.

Aus gleichen Gründen, wie die Legatsmission überhaupt, muss auch die missio Antoniniana als unhaltbar bezeichnet werden.

Als missio in possessionem ist ebensowenig aufrecht zu erhalten die missio ventris nomine. Wo ihre Voraussetzungen vorliegen, mag die Frau gegen den Curator der Erbschaft auf Leistung von Alimenten klagen, oder auch eine einstweilige Verfügung erwirken, wenn zugleich die Voraussetzungen des § 819 CPO. gegeben sind.

Für die missio ex edicto Carboniano und ex remedio legis ultimae C. 6. 33 gilt das von der missio dotis servandae causa Gesagte. Die missio furiosi nomine hat schon im justinianischen Rechte nicht mehr den Charakter, sondern nur den Namen einer missio. Sie ist Erbrecht, das unter Umständen aufhört.

Gehen wir von den missiones in bona über zu den missiones in rem, so erledigt sich die missio in rem nach 8 C. 7. 43 (oben S. 233) ohne Weiteres durch § 14 Abs. 1 des Einf.-Ges. z. CPO. bezw. durch §§ 296 ff. CPO.

Dass die missio in possessionem eines nicht defendirten animal noxium (s. oben S. 13 a. E. b) noch practischen Rechtens sei, behauptet zwar Burckhard (a. a. O. zweiter Teil S. 654)

in der Fassung, dass es wohl Niemanden in den Sinn kommen werde, an der heutigen Giltigkeit der ductio zu zweifeln und etwa durch Strafbefehle auf die Uebernahme des iudicum zu wirken; trotzdem müssen wir auch hier die missio verbannen.

Dass sie nicht stattfindet, wenn der Beklagte abwesend ist, ist ohnehin klar, da die Behandlung des abwesenden Beklagten ausschliesslich durch das Processrecht bestimmt wird.

Einf.-Ges. z. CPO. § 14. CPO. §§ 296 ff.

Es bleibt sonach noch ein Fall übrig (Bachofen a. a. O. S. 408), nemlich der, wo der dominus das Tier nicht defendirt, aber zur noxae datio exhibirt.

Hier bedürfen wir heutigen Tags nicht mehr des Umweges eines prätorischen Befehles zum duci jubere. Dieses Exhibiren darf ohne Weiteres als Traditionsoffert angesehen werden, durch dessen Acceptation das Eigentum übergeht, die noxae datio also vollendet ist.

Die missio gegen den Nunciaten (oben S. 251 d) entbehrt jeder practischen Bedeutung, da unser Processrecht die Prämisse, eine Pflicht zur Leistung der cautio iudicatum solvi, nicht kennt.

So blieben noch die missiones ex primo und ex secundo decreto wegen verweigerter cautio damni infecti übrig, um auf ihr Schicksal im heutigen Rechte geprüft zu werden.

Dass das Recht auf cautio damni infecti fortbesteht, kann nicht bezweifelt werden. Ebensowenig, dass es durch Missionen nicht realisirt werden kann. Denn ist einmal gewiss, dass die missiones eine Processform sind, welche unser Processrecht nicht kennt, sowie dass unser Processrecht gemeinrechtliche Processformen nicht zulässt, so ist kein Grund einzusehen, wesshalb für die missiones damni infecti causa eine Ausnahme gelten sollte.

Nun haben schon für das frühere gemeine Recht viele gewollt, dass man nach Rechtskraft des den Pflichtigen zur Cautionsleistung verurtheilenden Erkenntnisses die Caution als geleistet fingire, ein Executionsmittel, dass auch der C. P. O. für das deutsche Reich bekannt wäre.

C. P. O. § 779.

Allein mit vollem Rechte zieht gegen diese Ansicht Burckhard (a. a. O. S. 655) zu Felde, indem er zeigt, dass hiedurch

der Anspruch auf die cautio selbst viel intensiver würde, als er nach römischem Rechte ist. Dieses befreit den Pflichtigen, wenn er derelinquirt und lässt ihn anders nicht zwingen, als äussersten Falles durch Abdecretirung seines Eigenthums zu Gunsten des missus.

Daran darf nichts geändert werden. Es ist aber auch nicht nötig. Die Analyse des Rechtes auf cautio damni infecti zeigt uns, wenn wir von dem obsoleten processualen Beiwerke der missiones absehen, das Recht als ein alternatives mit dem Inhalte, dass entweder Caution oder Eigentumsabtretung verlangt werden kann; danach hat auch die Klage alternativ zu lauten auf Cautionsleistung oder Eigenthumsabtretung und ebenso das Urteil.

Die missio ex primo decreto fällt als Zwangsmittel völlig hinweg, wird aber als Sicherungsmittel ersetzt durch einstweilige Verfügung, wenn die Voraussetzungen des § 819 C. P. O. vorliegen.

Im Wesentlichen hat Dernburg, Pandecten (Bd. I. S. 535) mit dem ihm eigenen practischen Blick die Notwendigkeit solcher Anpassung der Procedur an das materielle Recht der cautio damni infecti bereits erkannt und dargelegt. Nur glauben wir seine Construktion des Verfahrens, wonach Klage und Urteil alternativ auf Cautionsleistung oder Einweisung in die Detention des drohenden Gebäudes gerichtet wären, deshalb nicht acceptiren zu dürfen, weil hiebei der in der missio ex secundo decreto steckende materiellrechtliche Anspruch gar nicht zur Geltung käme und dies zu Gunsten der missio ex primo decreto, die gerade keinen materiellrechtlichen Kern enthält.

Wenn dem bisherigen zufolge die missio in possessionem des römischen Rechtes aus der Reihe der geltenden Institute des gemeinen Rechtes gestrichen werden muss, so ist es eine unvermeidliche Consequenz, auch das pignus praetorium aufzugeben, das ohne missio nicht zu denken ist und für welches, wie die systematischen Darstellungen des gemeinen Rechtes zeigen, unserer Zeit überhaupt die nötige Sympathie längst gefehlt hat.

Uebrigens gestattet anderseits die in den meisten Fällen nachweisbare Unmöglichkeit oder Werthlosigkeit des pignus

praetorium wiederum einen Rückschluss auf die Ueberflüssigkeit der missio in prossessionem.

Man denke nur beispielshalber Immobilien als Gegenstand einer missio! Möchte wohl Jemand behaupten, dass Angesichts des in den gemeinrechtlichen Gebieten allenthalben durchgeführten Princips, wonach eine Hypothek an Immobilien Eintragung zu ihrer Entstehung erfordert, die missio in Immobilien ein Pfandrecht zur Entstehung brächte? Und wo wäre wohl missio auch nur als Hypothekentitel anerkannt? Aber selbst abgesehen von Immobilien, welchen Werth hätte ein pignus praetorium an Mobilien?

Geriethe es in Collision mit Pfändungspfandrechten, so gingen diese ihm vor, weil das pignus praetorium für den Fall eines Concurses den Faustpfandrechten nicht gleichgestellt ist.

C. P. O. § 709 Abs. 2; C. O. § 41.

Aus demselben Grunde würde es aber auch im Concurse des Schuldners kein Absonderungsrecht geniessen.

C. O. §§ 40. 41. Einf.-Ges. hiezu § 14.

Denn dass die Concurs- und die Civilprozessordnung unter Faustpfandrecht nur das conventionelle, nicht das richterliche verstehen, ergibt sich aus der Vergleichung von C. P. O. § 709 mit C. O. § 41 Abs. 1 und dass das pignus praetorium mit den missiones in possessionem steht und fällt, darauf hat bereits Sintenis (das practische gemeine Civilrecht Bd. I § 35 a. E. und § 72. B) gebührend aufmerksam gemacht.

Für die Methode der gemeinrechtlichen Doctrin ergibt sich aus den bisherigen Erörterungen das Postulat, dass sowohl die missio in possessionem wie auch das pignus praetorium aufhören müssen, als Institute des geltenden gemeinen Rechtes dargestellt zu werden.

Deutsche Partikulargesetzgebung

über

Civilprozess

seit Rezeption der fremden Rechte und bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts.

Von

Georg Kleinfeller.

Zu Ende des vorigen Jahrhunderts fasste ein deutscher Gelehrter, Julius Friedrich Malblank, Professor der Rechte in Altdorf, die kühne Idee, eine „Anleitung zur Kenntnis der deutschen Reichs- und Provinzial-Gerichts- und Kanzley-Verfassung und Praxis“ herauszugeben; die Verwirklichung des weitangelegten Planes gedieh nicht einmal bis zur Hälfte*.) Die Ausführung wäre um so interessanter gewesen, als sonst in der Litteratur die gleichzeitige Berücksichtigung einer grösseren Zahl von Partikulargesetzen selten ist und eine Uebersicht über das umfangreiche Material vollständig fehlt. Diese Thatsache ist zu erklären aus dem früheren Mangel an Sinn für Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, aber vielleicht nicht minder aus der geringen Achtung, welche die Praxis den Partikulargesetzen entgegenbrachte. Wenigstens sind die gemeinen Bescheide, welche von einzelnen höheren Gerichtshöfen erlassen wurden und die häufig als „Vorreden“ bezeichneten Einleitungen zu neuen Prozessgesetzen voll von Klagen über die Nichtbeobachtung der bisherigen Gesetze; und nicht selten sind die Zeugnisse dafür, dass die Praxis von sich aus das Prozessrecht umgestaltet hat. So erwähnt Schlüter: Die Ordnung des kgl. Hofgerichts der Herzogtümer Bremen und Verden (v. J. 1672) 1833 II. Teil 1. Tit. § 4 Anm. 8 u. 9, dass die artikulierte Klage

*) Erschienen sind 1791—1794 Bd. I—IV, welche noch nicht Verfassung und Praxis der Reichsgerichte erledigen.

und die nach summarischer Klage zugelassenen Positionales nicht mehr üblich seien, also offenbar durch die Praxis abgeschafft wurden. Ebenso ist in Hamburg die mündliche Klage ausser Übung gesetzt worden und zum Tit. 39 der Hamburger Gerichtsordnung v. J. 1605*): „Von Prozessen in Schriften" bemerkt Schlüter (Ratsherr 1703—1719): Dieser ganze Titel hat keinen usum, weil, wie oft gedacht . . . man ordinarie in Schriften handelt und die Observanz wie auch die neu revidierte Gerichtsordnung die Masse selbigen processibus geben". Auch in Nürnberg machte die Praxis ihren Einfluss in ähnlicher Weise geltend**). In der „Sammlung aller noch jetzt brauchbaren die hochfürstlich Kemptische bürgerliche Gerichtsverfassung etc. betr. Verordnungen 1792" wird Einleitung S. XVIII § 30 eine nicht abgedruckte Landgerichtsordnung v. J. 1587 erwähnt, welche beim freien kaiserlichen Landgericht zu Kempten noch insoferne diene als derselben durch die jüngere Observanz nicht derogiert wurde. Jakob Andreas Crusius: Jus statutarium reipublicae Mindensis v. 8. Januar 1613, herausgegeben 1674, citiert eine Entscheidung, welche die generelle litis contestatio für obligatorisch erklärt (Ziff. 3) und eine andere, welche den zugeschobenen Eid zulässt (Ziff. 4) obgleich beide Rechtsinstitute im Statut selbst nicht erwähnt werden. Wenn ferner die Nassau-Katzenellnbogensche Gerichts- und Landordnung v. J. 1616 Cap. II § 8 Ziff. 21 eine Bestimmung über die Eideszuschiebung mit den Worten einleitet: Dieweil sich's auch oftermals pflegt zuzutragen, dass die Parteien einander selbsten den Eid pflegen anzutragen", so deutet dies ebenfalls darauf hin, dass die Eideszuschiebung durch die Praxis eingeführt wurde. Die erneuerte Schöffengerichts-Verordnung für beide Oberhöfe zu Trier und Koblenz v. J. 1784 klagt, dass die 1737 erschienene Prozessordnung in verschiedenen Punkten nicht zur Observanz, rücksichtlich anderer gar in Abgang gekommen sei. Hie und da gab wohl der Gesetzgeber selbst Veranlassung zu diesem Verhältnis zwischen Praxis und

*) Der Stadt Hamburg Gerichtsordnung und Statuta herausgegeben auf die Veranlassung des Vereins für Hamburgische Geschichte 1842; dieser Ausgabe sind Auszüge aus den Commentaren zur G. O. beigegeben.

**) Vgl. Commentatio succincta in Codicem juris statutarii Norici. Nürnberg 1737 S. 733 § 3 S. 748 § 5 S. 749 § 4 S. 488 § 9.

Gesetz. Sehr bezeichnend für jene alten Zustände ist die Vorrede zu: „Houe Gerichtsordnung des durchlauchtigsten Fürsten und Herrn Friedrich Pfalzgraven bei Rhein v. 3. Nov. 1572“, gedruckt 1573, indem zunächst erwähnt wird, dass auch die Vorfahren Prozessordnungen erlassen haben und dann die Bemerkung folgt: „So hat Uns doch zu mehrmaln angelangt, dass umb deswillen solche nit publiziert, nit allein denen, so daran zu handeln haben, sondern auch den Advocaten unnd Procuratorn derselben Inhalt nit allerdings bewüsst unnd derweilen allerley Unordnungen unnd Unrichtigkeit ervolgt unnd fürgelauffen . . . .“ Das Würtembergische Landrecht von 1555 weist in einer Einleitung die Praxis geradezu darauf hin, das Gesetz nur in wichtigeren Sachen genau zu befolgen, es im übrigen aber lediglich als Information zu betrachten. Endlich darf nicht unerwähnt bleiben, dass die Praktiker manchmal auch mit der Rezeption nicht sanktionierter Entwürfe vorgingen; dies geschah z. B. seit 1680 mit dem Entwurfe der Rigaischen Statuten vom J. 1673*) und auf einen ähnlichen Vorgang weist der Buchtitel hin: Entwurf der Gerichtsordnung, welche in den Stadt-Bremischen Gerichten observieret wird 1751; gedruckt 1790.

Bei dem engen Zusammenhang, wie er in früheren Jahrhunderten zwischen Theorie und Praxis bestand, konnten von der Praxis missachtete Gesetze auch in der Theorie keine Rolle spielen. Dazu kommt der Umstand, dass wohl nirgends eine grössere Sammlung von Partikulargesetzen bestand, welche über den Bereich des unmittelbaren praktischen Bedürfnisses hinausging. In jeder Beziehung sind heutzutage die Verhältnisse geändert. Auch haben verschiedene Schriftsteller des 19. Jahrhunderts (z. B. Muther, Nissen, v. Planck, Zimmermann) die vergleichende Betrachtung der älteren Partikulargesetze angebahnt. Dem Versuche, eine Übersicht über die Entwickelung der Partikulargesetzgebung auf dem Gebiete des Zivilprozesses zu geben, wird vom wissenschaftlichen Standpunkte aus die Berechtigung nicht zu bestreiten sein, mag auch von praktischer Seite der Vorwurf des Anachronismus nicht ausbleiben. Ein solcher Versuch soll hier unternommen werden; aber nur ein Versuch, denn

*) Bunge F. G.: Einleitung in die Liv- Esth- und Kurländische Rechtsgeschichte S. 234.

die Übersicht bleibt unvollständig in ihrer äusseren Ausdehnung *) nicht minder wie hinsichtlich der Behandlung im Einzelnen. Es wird nur eine allgemeine Charakteristik der partikulären Prozessordnungen in ihrer Hauptrichtung angestrebt und zwar mit der Absicht, die zeitliche und räumliche Ausdehnung zu veranschaulichen, in welcher einerseits das romanische, andrerseits das sächsische Prozessrecht zur Herrschaft gelangte **).

---

*) Dies ist unten näher zu begründen; eine Beschränkung aber muss hier schon erwähnt werden. Die österreichische Partikulargesetzgebung erfährt nämlich an dieser Stelle deshalb keine Berücksichtigung, weil v. Canstein in seinem Lehrbuch der Geschichte und Theorie des österreichischen Civilprozessrechtes I S. 86—204 für dieses Rechtsgebiet eine weit eingehendere Übersicht gegeben hat, als sie hier angesichts des viel massenhafteren Stoffes geboten werden könnte; ebenso sind ausgeschlossen die Schweiz und die für Kurland in lateinischer Sprache erlassenen Gesetze des Königs von Polen: Formula regiminis und Statuta Curlandica beide 1617. Vgl. Bunge und Madai Sammlung der Rechtsquellen Liv- Esth- und Kurlands 2. Abt. 1 Bd. Für das sächsische Rechtsgebiet ist zu citieren die Übersicht in Heimbach C. W. E: Lehrbuch des sächsischen bürgerlichen Prozesses mit besonderer Rücksicht auf die Gesetzgebung der zum O. A. G. zu Jena vereinigten Länder I. S. 7 ff.

**) Zwar hat schon Stobbe: Geschichte der deutschen Rechtsquellen II. S. 206 ff. eine Übersicht der deutschen Territorialgesetzgebung seit der Rezeption mitgeteilt; allein der Zweck ein Gesamtbild zu geben, nötigte dort naturgemäss zu einer noch grösseren Beschränkung, als sie hier bei Bearbeitung eines einzelnen Gegenstandes der Territorialgesetzgebung durch rein äussere Verhältnisse herbeigeführt ist. Stobbe hat vorzugsweise ein Bild von der äusseren Geschichte der Partikulargesetzgebung entrollt, während hier beabsichtigt ist, einen Ausschnitt aus der inneren Geschichte derselben zu zeichnen. Die Beschränkung auf die Zeit nach der Rezeption bedarf wohl nicht besonderer Rechtfertigung. Für die frühere Zeit besitzen wir übrigens ein sehr umfassendes Repertorium in Gengler: Deutsche Stadtrechte des Mittelalters.

I.

Begrenzung des benützten Stoffes.

Nichts wäre verfehlter, als aus der eingangs erwähnten Erscheinung Schlüsse auf einen geringen Umfang der partikulären Gesetzgebungsthätigkeit ziehen zu wollen. Die Masse der Gesetze ist vielmehr staunenswert und ihre Zahl z. Z. nicht mehr mit Sicherheit festzustellen.*) Denn die Anfänge reichen sicher in's 14. Jahrhundert zurück und die vor Erfindung der Buchdruckerkunst erlassenen Gesetze erfuhren selbstverständlich keine erhebliche Vervielfältigung, soweit dieselbe nicht in neuester

*) Dieselben wurden unter den verschiedensten Titeln erlassen, welche hier zusammengestellt werden, um später die entsprechenden Abkürzungen gebrauchen zu können: Amts-Ordnung (A. O.), Canzley-O. (C. O.), Gerichts-O. (G. O.), Appellationsgerichts-O. (A. G. O.), Ober-A. G. O., Hofgerichts-O. (H. G. O.), Hofrats-O. (H. R. O.), Kammer-G. O. (K. G. O.), Landgerichts-O. (Ldg. O.), Landes-O. (L. O.), Landrecht. (Ldr.), Ordnung (O.), Process-O. (P. O.), Reformation (Ref.), Stadtrecht (Str.), Statuta (St.), Untergerichts-O. (U. G. O), Verordnung, Wilkür und andere vereinzelt vorkommende Namen; manchmal sind mehrere solche Titel verbunden. Ein grosser Teil der Gesetze ist in Sammlungen aufgenommen, welche besonders im 19. Jahrhundert teils offiziell, teils privatim angelegt wurden. Eine vortreffliche Uebersicht über diese Sammlungen gewährt der von Karl Schulz angefertigte Katalog der Bibliothek des Reichsgerichts, weshalb hier von einer Aufzählung Umgang zu nehmen war. Zur Ergänzung dient Stobbe a. O. Da es noch weniger thunlich erschien, zu jedem einzeln en Gesetz den Fundort zu citieren, so möge hier zur Orientierung genügen, dass die Gesetze von Baden, Brandenburg, Braunschweig, Kur-Köln, Hessen-Kassel, Hildesheim, Lauenburg, Lippe, Mecklenburg, Münster, Osnabrück, Preussen (Herzogt.), Kur-Sachsen, Schleswig, Speyer, Trier, Würzburg solchen Sammlungen, jedoch nicht ausnahmslos, entnommen sind. Für die übrigen Gesetze sind entweder Sammlungen, welche sich wie F. I. Pufendorf: Observationes, Sauer, Walch nicht auf ein näher abgrenzbares Gebiet beschränken, oder Einzelausgaben benützt; letztere werden nur citiert, wo der Herausgeber genannt ist. Im übrigen ist von den oft sehr weitschweifigen Titeln regelmässig nur das Territorium, der Name des Gesetzes und das Jahr der Publikation angeführt, weil diese Angaben zur Auffindung in den Katalogen genügen. Wenn zwei oder mehr Gesetze desselben Territorium unmittelbar nacheinander aufgeführt sind, ist der Name des Territorium nur einmal gesetzt.

Zeit nachgeholt wurde: ebenso dürfte in der Mehrzahl der kleineren Territorien die Drucklegung mit Rücksicht auf die Unmöglichkeit des entsprechenden Absatzes unterblieben sein. Die Urkunden wanderten später in die Archive, oder wurden verschleudert und wie viel mag in den fortwährenden Kriegen untergegangen sein. Aber selbst abgesehen davon ist es für den Einzelnen schwierig, auch nur mit annähernder Vollständigkeit eine Uebersicht über das vorhandene gedruckte Material herzustellen. Obwohl das Material zu gegenwärtiger Abhandlung gesammelt ist in den kgl. Bibliotheken zu Berlin und München, in der Bibliothek des Reichsgerichts zu Leipzig, endlich in den Universitätsbibliotheken zu Berlin, Heidelberg, Leipzig und München, so muss doch ein stattliches Verzeichnis von Prozessgesetzen aufgenommen werden, welche sich teils in Sammlungen, teils in den Vorreden der einzelnen Gesetze citiert finden, aber dem Verfasser leider nicht erreichbar waren. Das Verzeichnis beweist zugleich wie sehr der gesammelte Stoff von Vollständigkeit entfernt ist.*)

*) In historischer Reihenfolge sind hier anzuführen: Welmich 1493, Gruppenbach G.O. 1515, Oberwesel 1515, Brandenburg Ref. d. Kammer-G.O. 1526, Kur-Köln G.O. um 1529, Koblenz Schöffen-G.O. 1537, Koburg H.G.O. 1544, Spanheim U.G.O. 1544, Montabauer 1546, Mecklenburg H.G.O. 1558, Braunschweig-Lüneburg H.G.O. 1559 (Vgl. jedoch unten S 292 Anm. ***) Jenaische H.G.O. 1566, Trier H.G.O. 1569, Eyderstede Ldr. 1572, Münster-Meinfeld 1576, Würzburg Ldg.O. 1580, Kempten Ldg.O. 1587 O. f. d. Clotener Gericht 1590, Hillesheim 1590, Montabauer 1590, Engers 1594, Abtei Prünn 1595, Ansbach A.O. 1608, Kempten Stadtger. od. P.O. 1612, Paderborn H.G.O. 1619, Abtei Prünn 1620, Lauenburg H.G.O. 1621, Hamburg G.O. 1622, 1632 u. 1645 (Revisionen d. G.O. 1605), Regensburg P.O. 1646, Hildesheim G.O. 1647, Schwäbisch Hall 1651, Altenburg P.O. 1651, Münster C.O. 1663, Jülich G. u. P.O. 1667, Sayn-Hachenburg C.O. 1667, Hessen-Hanau C.O. 1672, Waldeck G.O. 1672, (findet sich im Katalog der Kgl. Bibliothek zu Berlin unter der Signatur Gq 13515), Sachsen-Meiningen C.O. 1687, Sayn-Hachenburg C.O. 1699, Schleswig Revid. Ldg.O. 1717, Hessen-Hanau H.- Stadt- u. Ldg.O. 1720, Ansbach H.R.O. 1730, Nassau Vorläufige Instruction f. d. U.G. 1730, Trier Schöffenger.O. 1737, Sachsen-Weimar C.O. 1767, Lippe-Detmold C.O. 1772 Die hier ohne Titel angeführten Gesetze sind entnommen Scotti: Sammlung der Gesetze und Verordnungen. welche im vorm. Kurfürstenthum Trier ergangen sind I. S. 363. 364. Ueber die Koburger H.G.O. 1544, die Jenaische H.G.O. 1566 und die Sachsen-Meiningen'sche C.O. 1687 vgl. Ortmann: Das Amt Salzungen und sein Recht, ein Reihe von Aufsätzen in der Zeitung „Das Unterland" herausgegeben in Salzungen, Jahrg. 1860 S. 415. 421. Jahrg. 1861 Nr. 1 u. 4.

Die Schwierigkeiten liegen aber nicht nur in dem Mangel örtlicher Konzentrierung des Stoffes, sondern noch vielmehr in der sporadischen Natur der Veröffentlichung solcher Rechtsquellen. Manches wird noch in Urkundensammlungen, historischen Werken aller Art, insbesondere in den Publikationen historischer Vereine zu suchen und zu finden sein. Ob aber die Ausbeute hinsichtlich des Prozessrechtes in einigem Verhältnis steht zu dem für die Durchforschung dieses weitschichtigen Materials erforderlichen Zeitaufwande erscheint fraglich. Mit Rücksicht hierauf hielt es Verfasser für erlaubt, sich zunächst auf Sammlungen von Rechtsquellen und auf Einzelausgaben der Gesetze zu beschränken. Daraus entsprang natürlich eine weitere Quelle der Unvollständigkeit. Allein für den gegenwärtigen Zweck, den Anfang zu einer Uebersicht über das Material zu machen und einen allgemeinen Einblick in den Entwicklungsgang der partikulären Prozessgesetzgebung seit der Rezeption zu gewähren, wird auch das beschränkte Material genügen.

Andrerseits müsste auch die Vorstellung zurückgewiesen werden, als wäre in jedem Territorium die Kodifikation schon sehr früh erfolgt. Vielmehr ist ziemlich allgemein anzunehmen, dass der partikulären Gesetzgebung überall eine bald längere, bald kürzere Periode vorausging, während welcher die Praxis nur nach „gemeinen beschriebenen Rechten" bzw. nach Rechtsbüchern und Herkommen verfuhr. Insbesondere finden wir, dass man in einzelnen Territorien erst in der zweiten Hälfte des 16. Jahrhunderts und noch später begonnen hat, das Prozessrecht zu kodifizieren. So klagt die „Ordnung und Reformation des gerichtlichen Process", erlassen von Herzog Wilhelm zu Gülich (Jülich) Cleve und Berg 1554, dass „allerlei Missbräuch und Unrichtigkeit, deren etliche gemeinen beschriebenen Rechten, etliche auch der natürlichen Erbar- und Billichkeit ungemees und zuwider eingerissen . . .", während das Vorhandensein eines früheren Jülich'schen Prozessgesetzes nicht erwähnt ist. Die Reichsgerichtsbibliothek besitzt die Abschrift eines Tractats über Prozessrecht: Ein kurtzer einfaltiger gerichtlicher Process im Stadtgericht zu Ratzeburgk umb gutter Ordnung willen zu folgen durch Friedericum Apinum, wollgemeltts Gerichts Präsidenten, verfasset 1598. In der „an den Leser" gerichteten Vorrede

ist das Unternehmen mit den Worten gerechtfertigt: „Nachdem zu besorgen, dass in künftigen Zeitten dieses Stadtgerichte nicht alle Wege mit Leuten möchte besetzet können werden, welche nach Ordeninge der beschriebenen Rechte im Gerichte zu verfahren wissen Alss ist aus trewherziger Wollmeinung dieser einfeltiger kurtzer gerichtlicher Process verfasset . . .“ Unter den beschriebenen Rechten kann nur das gemeine Recht verstanden sein, wenigstens folgt der Verfasser dem romanischen System*); auch besässe die Begründung keinen Sinn, falls die Stadt Ratzeburg ein eigenes beschriebenes Recht gehabt hätte. Aehnliche Verhältnisse herrschten im Bistum Osnabrück: Die Regierungs-Artikel, welche die Bischöfe bei ihrem Regierungsantritt erliessen, enthielten in den Jahren 1580. 1585. 1586. 1592 fortwährend das Versprechen einer gerichtlichen Reformation und in den wiederholten Constitutiones Commissariorum generalium vom 16. Okt. 1617, 16. April 1623, 14. Januar 1625, 22. Dez. 1625, 25. August 1626 (Codex Constitutionum Osnabrugensium Bd. I S. 55 ff. 115 ff. kommt als stehender Satz vor: „. . . wollen . . . Euch an der Abgestorbenen stette hinwieder zu Commissarien ernennet . . . und vollenkommen Macht und Gewalt gegeben haben . . . in allen und jeden jetzt hängenden Sachen uff der Partheien gepürlich, förmblich anrueffen vermüge gemeiner beschriebener Rechten biss dahin Wir Uns einer sichern Ordnung verglichen citatis citandis (zu) procedieren“. Abgesehen von den nur den inneren Dienst betreffenden C. O. v. J. 1592 und 1610 scheint bis in das 17., vielleicht bis in das 18. Jahrhundert hinein eine Prozessordnung gefehlt zu haben. Denn mit den oben angeführten Thatsachen ist unverträglich, was in Anm. 8 zur „Gemeinen Processordnung für die Cancelley und Audienz oder das Commissionsgericht“ (a. O. S. 56 ff.) bemerkt wird, dass dieselbe Ende des 16. Jahrhunderts publiciert worden sei. Auch die „Gemeine geistliche und Landgerichts O. (a. O. S. 68 ff.) scheint Entwurf geblieben zu sein; wenigstens lässt sich ihr Datum ebenso wenig feststellen wie das der gemeinen P. O.; der Bischof Philipp Sigismund aber, der die Constitutio Commiss. 1617 erliess und der hier als Gesetzgeber angeführt wird, regierte

*) Freilich fordert er neben der generellen Litiskontestation auch die Gewähr der Klage.

schon 1625 nicht mehr, da die Constitutio Commiss. v. 14. Jan. 1625 durch Bischof Itel Friedrich von Zollern erlassen ist. Wäre dagegen Ende des 16. Jahrhunderts eine P. O. erlassen worden, so hätten die Bischöfe in ihren Const. Comm. nicht so sprechen können, wie sie gesprochen haben. Erst 1714 wird eine Interims C. O. publiziert, welche die Stelle einer P. O. vertrat. Dasselbe gilt für das Hofgericht des Bischofs von Hildesheim, denn die Einleitung zur H. G. O. v. 1730 erwähnt, dass das Hofgericht 1652 errichtet und vor „vielen Jahren eine H. G. O. verfasst worden" sei, welche jedoch weder zur Promulgation noch zur Observanz gelangte. Auch eine Pfalz-Sulzbachische Konstitution wegen Abkürzung der Prozesse vom J. 1730 verweist zum Schlusse auf den „herkömmlichen Modo procedendi" ohne eine frühere P. O. zu erwähnen.

Im 14. Jahrhundert erscheint die Territorialgesetzgebung auf dem Gebiete des Prozesses noch wenig entwickelt, der Einfluss der fremden Rechte in dieser Richtung noch selten. Das älteste mir bekannt gewordene Gesetz, welches prinzipiell romanischen Einflüssen stattgibt, ist die Ordnung von Hermanno docto Landgrafen zu Hessen: wie es in den drey Städten zu Cassel mit Bestellung des Rates ... in Justiz und Policey-Sachen solle gehalten werden v. 21. Febr. 1384*). Art. 4 sagt: Ouch so sal man richten Orteil sprechin und gerichte sitzen nach Keysirs rechte; Art. 9: Ouch so sal man tzügin und getzügnisse leiden Alse Keysers recht uzwisit; ebenso enthalten die Artikel 11. 12. 14. 17. Verweisungen auf des Kaisers Recht. Das Gesetz ist zugleich ein Beleg für die generelle Ausdrucksweise der alten Gesetzgebung. Sehr viele Gesetzgeber begnügen sich gerade im Gebiete des Prozesses teils mit ganz allgemeinen Vorschriften, teils mit vereinzelten speziellen Bestimmungen, wobei der Richter entweder ausdrücklich auf das Herkommen und die gemeinen beschriebenen Rechte verwiesen wurde oder doch thatsächlich darauf verwiesen war, aus einer dieser Quellen zu schöpfen. Zunächst sei es gestattet, die chronologische Ordnung zu verlassen, um an einigen Beispielen die Form solcher Verweisungen zu zeigen. Eine Ordnung für das Erzbistum Trier

*) Sammlung Fürstlich Hessischer Landesordnungen I. Teil S. 5 ff.

vom 25. Aug. 1400, deren eigentümliche Bestimmungen über den Eid Beachtung verdienen (s. unt.) verweist für das Verfahren im Einzelnen darauf „als dann unsers egenannten Gerichts Recht und Gewonheit steet.“ Die Reformation des Gerichts der Dechaney des Thumb Stiffts zu Bamberg (1463), welche sich hauptsächlich mit der Gerichtsverfassung, Zuständigkeit und Prokuratoren-Ordnung befasst, fordert bei der „Tugend dės heiligen Gehorsam“ dass Offizial und Dechant allein „die Ordnung des Rechten halten, die von den heiligen Vätern aufgesetzt ist“ (Tit. 39) während Tit. 31 verweist auf das „alte Herkommen und Gewonheit“; ebenso enthält die Novelle v. 1488: Ordnung und Ercleruug der Reformation für das Verfahren in Ehesachen eine Verweisung auf das gemeine Recht. Die Statuten der Stadt Meiningen (1565) verweisen den Richter für das Verfahren auf „alten Brauch und Gewonheit.“

Abgesehen von den sehr häufigen Anordnungen, die gemeinen beschriebenen Rechte zu befolgen, soweit das Gesetz Lücken enthalte, kommt aber auch die Bezugnahme auf partikuläre Quellen, insbesondere auf sächsisches Recht vor. Dagegen hat z. B. die Ldg. O. für Erfurt 1569 die Richter nur stillschweigend angewiesen aus anderen Rechtsquellen zu schöpfen, indem sie Amtleuten und Vögten gebietet, ordentlich Gericht zu halten. Aehnlich lagen die Verhältnisse im Herzogtum Preussen, dessen H. G. O. v. 1578 und 1583 sehr lückenhaft waren, insbesondere keine näheren Bestimmungen über Klage, litis contestatio, Beweis und Eid enthielten; die Einleitungsverordnung zum Landrecht v. 1620 lässt erkennen, dass man sich bis dahin nach Kulmischen, Sächsischen und den gemeinen beschriebenen kaiserlichen Rechten gerichtet hatte.

Wir müssen nun aber eine lange Reihe von solchen Gesetzen aufzählen, welche kein vollständiges Prozesssystem entwickeln oder erkennen lassen, sondern entweder nur Vorschriften ganz allgemeinen Inhalts oder vereinzelte, manchmal auch ziemlich eingehende spezielle Bestimmuugen, z. B. über die Zuständigkeit, die Ladung, einzelne Beweismittel, Rechtsmittel, Vollstreckung, Prokuratoren enthalten, welche infolge dessen für die Darstellung des zweiten Abschnittes keine Verwertung finden konnten. Novellen, die vereinzelte Abänderungen vor-

ausgehender P. O. enthalten, sind hiebei übergangen. Auf eine selbst noch so summarische Inhaltsangabe musste verzichtet werden, weil dieselbe keinen erheblichen Wert besässe und ausserdem der Umfang der Arbeit unverhältnismässig und unnötiger Weise anschwellen würde: Köln St. und Concordata 1437, Hessen-Kassel: O. wie es in geist- und weltlichen, auch Gerichtsachen .... zu halten 1455, Nassau G. O. i. d. Grafsch. Beilstein 1472, Nassau O. d. zweyer Ampte Siegen und Dillenburg 1498, Hessen-Kassel H. G. O. 1500, Brandenburg K. G. O. 1516, Berlin G. und Sportel O. 1529, Köln Ref. d. geistl. Jurisdiktion 1529, Kur-Sachsen H. G. O. 1529, Rettenberg L. O 1538, Heilbronn St., Satzung, Ref. u. O. bürgerlicher Polizei 1541, Nassau-Beilstein G. O. 1541, Wympffen Ref. u. O. 1544, Ostfriesland G. u. Polizei O. 1545, erneuert 1599, Kur-Sachsen Ober H. G. O. 1548, H. G. O. 1550, (in beiden Verweisung auf sächsisches Recht) Bietigheim O. und Gebräuch in Erbfällen und gerichtlichen Prozessen *) 1552, Hessen-Kassel O. wie Wir es hinfüro in unsern beiden Kanzleien zu Marpurg und Cassell ... gehalten wollen haben 1553, Amberg **) 1554, Bönnicken (Bönnigheim) O. zwischen 1543 und 1555 ***), Sachsen-Weimar Polizei und L. O. 1556. Zum Beweise, dass nicht nur Gesetz und Rechte, sondern auch die Zustände sich forterben, welche zu Gesetzen Anlass geben, dient die sowohl hier als in der späteren P. u. L. O. v. 1589 enthaltene Bestimmung gegen Winkeladvokaten: „Und weil die Erfarung bezeugt, dass offtmals gemeine Bürger, bevorn Schuster, Schneider und andre Handwergsleute, so dieser Dinge keinen Verstand haben, ihr Hantwerg und Hantierung verlassen und dargegen des Procurierens sich unterstehen, allein darumb, dass sie die Arbeit fliehen und dahin sehen, wie sie bey guten faulen Tagen bleiben und sich ohne grosse Arbeit ... ernehren mögen ... so sollen unsre Beampten und Räte in den Städten darauf gute fleissige Auffachtung haben, dass solchen Leuten nicht verstattet werde,

*) Reyscher A. L. Sammlung Altwürtembergischer Statutarrechte 1834 S. 280.

**) Schenkl J. B. der churfürstl. Stat Amberg Gesatzbuch v. 1554 herausgegeben 1825; enthält auch ältere Gesetze aus dem 14. Jahrhundert.

***) Reyscher a. O. S. 430 ff.

Andern umbs Geld zu reden, schreiben oder zu setzen ..." Anhalt Polizei und L. O. 1572, Nordstrand Ldr. 1572, Reklinghausen G. O. (Kurfürsten Salentini v. Cöln denen Ständen des Vest-Reklinghausen erteilter Abscheid und Recess) 1577, Riga Verordnung 15. Aug. 1578 *), Brandenburg Quartal G. O. 1582, Garding Str. 1590, Tönningen Rechts-Verordnung 1590, Danzig Willkür 1597 (gedruckt 1732), Bönnigheim Stadt u. G. O. 1599**), Brandenburg Quartal G. O. 1602, Lauban St. 1604, Sayn-Altenkirchen Polizei-O. 1610, Ober-Lausitz A. O. 1612, Lippe-Schaumburg A. u. Haus O. 1615, L. u. Pol. O. 1615, Stade U. G. O 1619, Ulm: (gedruckt 1621) Alte Ordnung dess andern oder undern Gerichts, Eckernförde Str. 1635, Kur-Köln Verordnung die Amtleute etc. betr. 1657, erneuert 1698 und 1720, Lippe-Detmold C. O. 1660, Sayn-Hachenburg L. O. 1667, Eisenach St. 1670, Freyberg St. 1676 ***), Sayn-Altenkirchen C. O. 1702, Altenburg L. O. 1705, Rendsburg Stadt- und Polizei-Verordnung 1720, Kempten H. R. O 1732, Brandenburg-Kulmbach Reglement wie in d. 1. Inst. bei d. Hauptmannschaften und anderen U. G. prozediert werden soll 1735, Worms U. G. O. 1739, Hildesheim A. u. U. G. O. 1741, Danzig Neu revid. Willkühr 1761, Mecklenburg-Schwerin Interims O. f. d. U. G. 1770.

Daneben ist eine Anzahl von C. O. zu erwähnen, welche hauptsächlich den inneren Dienst der „Kanzleien" genannten Gerichte betreffen, teilweise auch Competenzbestimmungen enthalten: Brandenburg 1562, Nassau 1566, 1569, 1578, Osnabrück 1588, 1592, 1610, Mecklenburg für Schwerin 1612, f. Güstrow 1612, Lippe-Schaumburg 1619, Mecklenburg f. Schwerin 1637, Osnabrück 1652, Ober-Lausitz 1674, Reval 1686, Osnabrück 1714, Kur-Köln 1724, Hessen-Darmstadt 1724, Lippe-Detmold 1770. Endlich sind noch einige Gesetze zu nennen, welche nur für Rechtsmittelgerichte gelten: Mergentheim und Neuenhaus App. G. O. 1537, Brandenburg-Kulmbach O. H. G. O. 1543, Kur-Sachsen App. G. O. 1605, 1734, Hessen-Kassel Ob. App. G. O. 1746, Jülich

*) Napiersky J. G. L. Quellen d. Rigischen Stadtrechts b. z. Jahre 1673, Riga 1876 S. 253 ff.

**) Reyscher a. O. S. 447 ff.

***) Gerlach Joh. Christoph Friedr.: Statuta d. Stadt Freyberg v. J. 1676 herausg. mit Anm. u. Beweisurkunden 1803.

Ob. App. G. O. 1769, Hessen-Darmstadt Ob. App. G. O. 1777. Revision d. Ob. G. O. f. Lübeck (Datum unbekannt; gedr. 1728*).

Noch stattlicher ist die Zahl derjenigen P. O., welche mehr oder minder vollständig ein bestimmtes System befolgen. Die zusammenhängende Aufzählung an dieser Stelle wäre nutzlos, weil die Namen und Jahrzahlen sämtlich im nächsten Abschnitt wiederholt werden müssten. So gross aber auch sonst der Abstand in der Gründlichkeit der Behandlung des Stoffes zwischen dieser Kategorie von Gesetzen und derjenigen ist, auf welche sich die obige Zusammenstellung bezieht, so haben sie alle doch etwas gemeinsam, nämlich die deutsche Sprache und die Vorliebe, mit welcher sie sich über die Gerichtsverfassung, die Stellung des Richters, der Schöffen oder Beisitzer, des Gerichtsschreibers, des Fronboten und der Prokuratoren, sowie über die Eide dieser Personen verbreiten.

II.

Allgemeine Strömungen in der Partikulargesetzgebung.

Drei Grundfragen lassen sich hier aufwerfen; und zwar ist festzustellen: 1) das Verhältnis zur Reichsgesetzgebung, 2) das Verhältnis zum romanischen Prozessystem und 3) der Einfluss des sächsischen Rechtes.

1) Das Verhältnis zur Reichsgesetzgebung. Zwar hat Briegleb: Einleitung in die Theorie der summarischen Prozesse S. 485 ff. nachgewiesen, dass die Reichsgesetzgebung das Reichsprozessrecht nicht als subsidiäre Rechtsquelle für die Territorien hingestellt hat, dass vielmehr die Gesetzgebung auf dem Gebiete des Prozessrechts sowohl durch § 15 Dep. Absch. v. 1600 als durch J. R. A. § 137 den Inhabern der Territorialgewalt überlassen wurde. Allein er geht entschieden zu weit,

* Der Stadt Lübeck Statuta, Stadtr. u. Ordnungen 1728.

wenn er jeden Einfluss des Reiches auf die Partikulargesetzgebung läugnet, indem er S. 487 sagt: „Ich weiss übrigens von keiner Partikulargesetzgebung, welche sich dadurch hätte bewegen lassen, den Reichskammergerichtsprozess in der gewünschten Weise einzuführen.*) Es steht vielmehr fest, dass sowohl vor als nach dem J. R. A. viele Partikulargesetzgebungen sich den Reichskammergerichtsprozess zum Muster genommen haben, wenn es auch nicht überall ausdrücklich betont wird; letzteres geschah z. B. in der Vorrede zur H. G. O. für Lauenburg v. 1674 bezüglich der vorausgegangenen H. G. O.**) Besonders ist in späteren Gesetzen auf den J. R. A. als Quelle oder als Richtschnur Bezug genommen; so: Braunschweig-Lüneburg (Cellische) C. O. 1656, Lauenburg H. G. O. 1674, Frankfurt Conclusum in senatu 9. Nov. 1676 Erläuterung und Verbesserung einiger die Abkürzung des allhiesigen Gerichtsprozesses ... betreffenden Punkten ***). Erfurt G. O. 1704, Schwäbisch Hall Erneuerte P. O. 1706, Hessen-Kassel C. O. 1713, Memmingen G. und P. O. 1713, Paderborn Erneuerte H. G. O. 1720, Lindau G. u. P. O. 1739, Regensburg Erneuerte gerichtliche P. O. 1741, Hessen-Hanau H. u. Ehe G. O. 1747, U. G. O. 1764, Kempten (Stadt) G. u. P. O. 1770, Speyer (Bist.) Ober- und Amts O. 1772. Endlich sind die Reichs K. G. O. nicht bloss durch die Praxis†), sondern auch ausdrücklich durch einzelne Partikulargesetze zur subsidiären Rechtsquelle gemacht worden. Zu vergleichen sind: Rothenburg a. d. Tauber verneuerte G. O. 1581 (letzter Titel), Ostfriesland H. G. O. 1590 (Tit. 51), Landgrafschaft Nellenburg im Hegöw und Madach Ref. und O. gedruckt 1696 (Teil III Tit. 22), Preussen Ldr. 1620 (Einleitg.), Müllhausen i. Elsass St. u. G. O. 1740 (Einleitung). In den beiden letzteren Gesetzen wird der Ausdruck „gemeine beschriebene kaiserliche Rechte" gebraucht; hier blos an die römischen Kaiser zu denken, ist kaum zulässig. Diese Formel legt die Frage nahe, ob nicht im Sinne jener Zeit

*) Gegen Briegleb vergl. auch Wetzell System § 2 Anmerkung 7 und 9.

**) Für die Ordnung des O. A. G. zu Celle 1713 vgl. Ausgabe von Hagemann Proömium Anm. 6.

***) Beyerbach Joh. Conr. Sammlung d. Verordnungen der Reichsstadt Frankfurt 8. Teil S. 1477 ff.

†) So Wetzell System § 2 Anm. 11.

auch bei der sehr häufigen subsidiären Verweisung auf die „gemeinen beschriebenen Rechte“ die deutschen Reichsgesetze mitgemeint sind.

2. Weit wichtiger für die Charakteristik der partikulären Gesetzgebung ist ihr Verhältnis zum romanischen Prozessrecht einerseits und zum sächsischen bezw. deutschen andererseits. Eine allseitige Untersuchung kann in dieser Skizze nicht unternommen und nicht erwartet werden. Es wird genügen, die Gesetze mit Rücksicht auf drei Rechtsinstitute: Klage, Litiscontestatio und Eid, welche den Unterschied besonders scharf hervortreten lassen, zu klassifizieren; der Eid verdient übrigens auch um deswillen besondere Beachtung, weil sich an seiner Behandlung noch die Fortexistenz älteren deutschen Rechtes konstatieren lässt.

A. Diejenigen Gesetze, in welchen das romanische Prozessystem kodifiziert ist, lassen nicht nur den Unterschied zwischen dem ordentlichen und dem sog. unbestimmt summarischen Verfahren erkennen, welches wir hier zur Vermeidung dieses schiefen Ausdruckes als schleuniges Verfahren bezeichnen wollen, sondern weisen auch ausserdem hinsichtlich der Klage und des Eides grosse Mannigfaltigkeit auf. Gehen wir zunächst der Verbreitung des schleunigen Verfahrens nach, so ist vor allem die wohl hinreichend bekannte Thatsache zu konstatieren, dass dasselbe entweder für die Untergerichte überhaupt oder für Sachen von geringem Wert angeordnet war, deren Grenze natürlich verschieden oder auch gar nicht bestimmt wurde.

Das Erstere gilt von: Hessen H. G. O. 1527, Hennenberg L. O. 1539, Nürnberg Ref. 1564, Schleswig, Holstein und Stormarn Ldg. O. 1573, Trier Präliminar-Verordnung wie die Justiz bei allen geistlichen und weltlichen Dikasterien . . . administriert werden solle 1. Jan. 1719, A. O. 3. Febr. 1719, Verordnung 4. Dez. 1749, Brandenburg-Onolzbach G. und P. O. 1730. Das Letztere ist der Fall in Kur-Köln Ref. d. welt. Ger. 1537, Würtemberg Ldr. 1555, Mecklenburg-Schwerin H. u. Ldg. O. 1622*) Hinterpommern H. G. O. 1683, Trier und Koblenz:

*) Dieselbe ist auch abgedruckt in der Gesetzsammlung für die Mecklenburg-Strelitzischen Lande red. von Scharenberg u. Genzken 2. Abteilung Justizsachen 1680.

Schöffengerichts-Verordnung 1784. Die meisten dieser Gesetze ordnen das schleunige Verfahren in allgemeinen Ausdrücken (summarisch, summarie de simplici et plano) an; Köln und Hennenberg dagegen verleihen ihrer Absicht dadurch Ausdruck, dass sie die formale, generelle Litiskontestation für überflüssig erklären. Ferner gehört ein Teil der angeführten P. O. schon jener Zeit an, in welcher das schleunige Verfahren in weitem Kreise das regelmässige und ordentliche geworden war; allein für die hier fraglichen Territorien blieb eben der Gegensatz bestehen, wie sich überhaupt noch zeigen wird, dass das formale romanische System keineswegs überall dem neueren formlosen Verfahren Platz gemacht hat.

Andrerseits ist mit dem Bisherigen der Geltungsbereich des schleunigen Verfahrens noch nicht erschöpft. Vielmehr wurde das schleunige Verfahren, insbesondere im Norden, mehrfach ohne Unterscheidung der Sachen entweder ausschliesslich oder neben dem ordentlichen Verfahren zugelassen. Bamberg Ref. 1463 kann hieher gerechnet werden, insoferne thunlichste Abkürzung der Fristen angeordnet ist; im übrigen wird verwiesen auf Herkommen und kanonisches Recht (s. ob. S 284.) Ditmarschen Ldr. 1567 sowie Eiderstede, Euerschop und Utholm Ldr. 1591 schreiben mündliches Verfahren vor, ohne die Litiskontestation zu erwähnen; dagegen ist der sonstige Einfluss der fremden Rechte unverkennbar. Mit klaren Worten wird ein Verfahren de simplici et plano gefordert von Anhalt Polizey u. L. O. 1572 (f. d. geistl. Gerichte der Superintendenten), Verordnung des Hadelerschen Ldg. 1583, Husum G. O. u. Str. 1608, Friedrichstadt Str. 1633, Lübische Seegerichts P. O. 1655, Sonderburg Polizey O. 1698; schriftliches Verfahren wird in diesen Gesetzen teils gar nicht, teils nur in wichtigen Fällen zugelassen. Greifswald Consistorial-Instruktion 1703 und Brandenburg K. G. O. 1709 lassen ordentlichen Prozess nur dann zu, wenn er durch besonderes richterliches Erkenntnis angeordnet wird. Die G. O. im Fürstent. Obern- und Niederbayern 1520, sowie Ldr. der Fürstenthumben O. u. N.-Bayern 1616, ferner die dem ersteren Gesetz nachgebildete G. O. der Stadt Passau 1536, endlich Köln Ref. 1570*) erklären im

*) Wir lassen den ganzen Titel folgen, weil er kurz die Geschichte des Gesetzes erzählt: Reformatio judicialis processus judiciorum civitatis Coloniensis

Besonderen die formale Litiskontestation für überflüssig, letztere in Verbindung mit dem allgemeinen Gebot summarischen Verfahrens. Auch Freiburg (im Breisgau) Nüwe Stattrechten und St. 1520 gehört wohl hieher. Nicht nur sagt der 1. Tractat 8. Tit. 11. Gesetz: „. . . so nun der Antwurter zu der Klag Antwurt geben hat, so soll sin und ist der Krieg derselben Rechtvertigung gevestnet und ob einer glichwol sich bezugte des er mit siner Antwurt nit woelt den Krieg bevestnet haben das sol jn nach unser Stattrecht gentzlich nit nützen noch die Kriegsbevestigung verhindern;" sondern das vorausgehende 6. Ges. erklärt auch, dass die „Subtilheiten der Recht" hintan gestellt seien. Auch die Brandenburgische P. O. f. d. französischen Gerichte 1699 fordert keine formale Litiskontestation. Endlich dürfte ein grosser Teil der ob. S. 285. 286 angeführten Gesetze hieher gehören, da dort eben solche Vorschriften fehlen, welche auf das ordentliche Verfahren schliessen lassen.

Übergehend zu den Prozessordnungen, welche als Repräsentanten des ordentlichen Verfahrens gelten können, finden wir neben dem wichtigsten Merkmale desselben, der obligatorischen generellen Litiskontestation, in der Behandlung der Klage eine Reihe von Verschiedenheiten, welche hier als Einteilungsgrund dienen sollen, wobei auf die chronologische Reihenfolge nur innerhalb der einzelnen Abteilungen Rücksicht genommen werden kann.

Zunächst fallen einige Gesetze auf, die als ein einzelnes Stück des schleunigen Verfahrens die mündliche Klage gestatten. Nürnberg Newe Ref. 1479*), Celle Str. 1537**), Augsburg (bischöfl.)

per Conr. Betzdorpium Jurium doctorem et syndicum concepta et ordinarios universitatis revisa nec non totum senatum Coloniensem et 44 viros comprobata A° D[i] 1570. Die Ref. ist erschienen als 4. Teil einer Sammlung Kölner Statuten an deren Spitze die Statuta und Concordata d. H. Freyen Reichs Statt Cölln 1437 stehen; deshalb im Münchner Katalog unter dem Schlagwort „Statuta" eingetragen.

*) Schon die Commentatio succincta in Cod. jur. stat. Nor. nennt als 1. Druck den von 1484. Wie der Titel erkennen lässt, war diese nicht die erste Ref.; die Commentatio S. 30 Anm. erwähnt ein damals im Besitz der Familie Scheurl befindliches altes Manuskript, eine weitläufige Sammlung Nürnberger Gesetze und G. O. enthaltend, deren Anfang eine Reformatio nova Jud. Norn. bildete, die jedenfalls viel älter sei als die von 1479; das mutmassliche Alter wird nicht angegeben. Vgl. noch Gengler deutsche Stadtrechte No. 242 lit. b.

**) Herausgegeben von Theod. Hagemann 1800. Über das Alter des

U. G. O. 1552, Jülich, Cleve und Berg O. u. Ref. 1554, Gülich- und Bergische Rechts O. 1564, U. G. O. d. Ertzbisch. u. Churfürsten zu Meyntz und der Grafschaft Hanau—Mintzenbergk in dem freien Gericht vor dem Bergk zu Welmitzheim 1564, Butzbach 1578 (in geringen Sachen), Spanheim U. G. O. 1578, Rostock Newe G. O. 1586 (wenn Urkundenbeweis geführt wird, entfällt die formelle Klage und tritt überhaupt mündliches Verfahren ein) Hamburg G. O. u. St. 1605, Stade G. O. 1606, Würzburg kais. Ldg. O. 1618, Ulm O. von Gericht und gerichtl. Prozessen gedruckt 1621, Hildesheim (Stadt) G. O. 1649, Riga St. u. Rechte 1673. Nur Celle, Nürnberg und Riga erwähnen die Artikulierung nicht. Von diesen 3 Ausnahmen abgesehen lassen sich 2 Kategorien von Gesetzen unterscheiden: solche, welche die Artikulierung gebieten und solche, welche sie zulassen.

Das Gebot der Artikulierung tritt in vierfacher Form auf:

Die Klage selbst muss artikuliert eingereicht werden, wodurch die Frist und der neue Termin für die Artikulierung im Falle der Verneinung der Klage erspart ist, weil die art. Klage unmittelbar nach der Litiskontestation repetiert werden kann; so: Hessen (Vermehrte Marburgische) H. G. O. 1524 Ref. Gesatz und O. 1527*), Brandenburg (-Kulmbach) G. O und Ref. des Burggrafentums zu Nürnberg 1539 (f. das kaiserl. Land- und fürstl. Ober H. G.), Erbach L. O. (4. Teil: H. G. O.)**) 1552, Braunschweig-Lüneburg H. G. O. (für Celle) 1559 (?)***), Nürnberg Ref. 1564, Kur-Pfalz H. G. O. 1572, Hessen-Kassel C. O. 1581. (Der Inhalt dieses Gesetzes ist wiederholt in den C. O. v. 1613. 1628. 1656) Rothenburg a. d. Tauber. Vernewerte und

---

Gesetzes vgl. Ders.: Miscellaneen z. Erläuterung des Celleschen Stadt- und Bürgerrechts n °I.

*) Revision der H. G. O. v. 1524 vgl. Sammlg. fürstlich Hessischer L. O. I. Teil S. 47 Anm.

**) Beck u. Lauteren: Das Landrecht der Grafschaft Erbach 1824 S. 126 ff.

***) Bei Saur III. Fasc. unter d. Titeln: Lüneburgische O. etc. und O. d. H. G. zu Zell ohne Datum abgedruckt. Eine Separatausgabe in der Heidelberger Universitäts-Bibl. trägt auf dem Titelblatt sowie am Schluss die Jahrzahl 1564 offenbar nur als Druckjahr, nicht als Publikationsdatum. Möglicherweise ist das vorliegende Gesetz die in der Vorrede z. Calenbergischen H. G. O. 1639 cit. H. G. O. v. 1559, denn in Braunschweig-Lüneburg bestand um

gebesserte G. O. 1581*) Ostfriesland H. G. O. 1590 Zweibrücken H. G. O. 1605, Minden St. 1613 (vergleiche oben S. 276), Lippe-Detmold C. O. 1617, Köln Ernewerte O. vor eines . . . Rahts des heil. Reichs freyer Statt Coelln Gerichter gedruckt 1631**), Schaumburg-Lippe H. G. O. 1639 (auch als Holstein-Schauenburgische H. G. O. 1639 publiziert), Brandenburg K. G. O. 1646, Brandenburg-Kulmbach 1654, Bentheim H. und Ldg. O. 1690***), Brandenburg K. G. O. 1700, Trier H. G. O. 1719.

Andere begnügen sich auch mit der nach der litis contestatio vorgenommenen Artikulierung: Worms Ref. 1505 Mainz H. G. O. 1521, Trier U. G. O. 1539, Mecklenburg-Schwerin Ref. und Ldg. O. 1558, Stettin G. O. 1566, Mecklenburg-Schwerin Ref. und H. G. O. 1568, Braunschweig-Lüneburg H. G. O. 1571, Münster H. G. O. 1571, Frankfurt erneuerte Ref. 1578, Spanheim H. G. O. 1586, Kur-Köln Reformatio Jurisdictionis ecclesiasticae 1594, Würtemberg Ernewert gemein Ldr. 1610, Osna-

diese Zeit keine Trennung in dem Cellischen u. Calenbergischen Teil. Vgl. G. Droysens Allgem. historischer Hand-Atlas Erl. Text S. 33.

*) Das Datum der früheren G. O. ist nicht angegeben, auch sonst nicht bekannt geworden.

**) Publikationsdatum fehlt; vermutlich vor 1600. Der Dep.-Absch. 1600 § 7 enthält nämlich einen Befehl an die Obrigkeiten des Erzstifts u. der Stadt Köln, der Stifter Lüttich und Münster, sodann des Herzogtums Gülich (Jülich), nicht soviele unnötige Recesse und weitläufige Akten einzusenden, womit die Anordnung verbunden wird „solche defectus und überflüssige, verlengerliche extensiones abzuschaffen und zu einer richtiger und kurzer nottürfftiger Ordnung zu bringen und nur dasjenige was zur Sachen gehöret und dienstlich ist, den actis zu inserieren. Die Ref. v. J. 1570 war nun ohnehin auf ein möglichst abgekürztes Verfahren berechnet, indem die Einhaltung der Substanzialtermine für überflüssig, dagegen mündliches Verfahren als zulässig erklärt wurde. Diese G. O. kann also nicht zu obiger Verfügung Anlass gegeben haben. Wenn wir nicht annehmen wollen, dass die Praxis das Verfahren geändert hat, oder dass zwischen 1570 u. 1600 ein anderes nicht bekanntes Gesetz erlassen wurde, so bestand wahrscheinlich um 1600 schon die gegenwärtige O. Dabei darf es nicht auffallen, dass dieselbe 1631 noch in Giltigkeit ist, denn auch die anderen Obrigkeiten haben sich nicht beeilt, neue Gesetze zu erlassen (Münster H. u. Ldg. 1617 Jülich H. G. O. 1633 Chur-Cöln schärft 1602 die Beobachtung der Ref. v. 1594 ein; vollständige Sammlung d. d. Verfassung d. hohen Erzstifts Cöln betr. Stücke 1772. 1773 Bd. I. S. 601. 602.

***) Auch unter dem Titel: Bentheim'sche Gerichts- und Landts-Ordnungen

brück Satz- und G. O. 1618, Braunschweig-Lüneburg (Calenbergische) H. G. O. 1639.

Wieder andere Gesetze sprechen das Gebot nur bedingt aus und zwar entweder für den Fall, dass voraussichtlich Beweisaufnahme insbesondere durch Zeugen notwendig wird; so Welmitzheim 1564 (s. ob. S. 292), Butzbach G. O. 1578, Rostock G. O. 1586, Ostfriesland U. G. O. 1614, Mecklenburg H. u. Ldg. O. 1622, Wismar Trib. O 1657 (ausserdem verboten) oder nur für wichtige, weitläufige Sachen: Worms Ref. 1498, Solms und Mintzenberg G. O. und Ldr. 1571, Würzburg kais. Ldg. O. 1618, Ulm O. von Gericht gedr. 1621.

Die 2. Hauptkategorie erklärt die Artikulierung für zulässig, indem sie die Vornahme von dem Belieben der Parteien abhängig macht; auch hier entweder unbeschränkt oder nur bedingungsweise, so dass in anderen Fällen die Artikulierung ausgeschlossen ist.

Unbedingte Zulassung: Trier Schöffen G. O. f. Koblenz 1515, Baiern Ref. d. Ldr. 1518, Köln Ref. d. weltl. Ger. 1537, Köln Ref. 1538, Hennenberg L. O. 1539, Brandenburg Ref. d. K. G. 1540, Nürnberg Erneuerte u. geb. G. O. 1549, Augsburg U. G. O. 1552, Würtemberg Ldr. 1555, Ober- und Nieder. Schwaben Ref. d. kais. Ldg. 1562, Jülich Rechts O. 1564, Kur-Pfalz U. G. O. 1578, Lauenburg H. G. O. 1578, Spanheim U. G. O. 1578 Kur-Pfalz, H. G. O. und U. G. O. 1582, Baden Ldr. 1588, Lippe-Detmold H. G. O. 1593, Zweibrücken U. G. O. 1605, Kur-Pfalz H. G. O. und U. G. O. 1610, Nassau-Katzenelnbogen G. und L. O. 1616, Strassburg Ref. O. d. Stattger. 1617. 1620, Ober- und Niederschwaben O. d. kais. Ldg. 1618, Jülich, O. d. H. G. z. Düsseldorf 1633, Hildesheim (Stadt) G. O. 1649, Koburg (Stadt) St. 1651, Zweibrücken U. G. O. 1657 (erneuert 1722), Salzburg O., welcher alle im Ertzbischtum S. nachgesetzte Obrigkeiten in Führungen der Civilprocessen . . . nachleben sollen 1678, Nellenburg Ref. und O. d. Ldg. gedr. 1696.

Nur in wichtigeren Sachen wird Artikulierung zugelassen von: Nassau, Sarbruck, Wissbaden und Itzstein G. O. 1498, Schleswig, Holstein und Stormarn Ldg. O. 1573, Revid. Ldg. O. 1636, Müllhausen i. E. St. und G. O. 1740. Nur wenn Beweis nötig ist: Würtemberg H. G. O. 1587, Vorpommern H. G.

O. 1672, Brandenburg K. G. O. 1709. Nur vor Litiskontestation*): Würzburg Newe Ref. d. Ldg. 1582, Strassburg. Verbesserte O. v. Gericht und gerichtl. Prozessen 1612, Jülich H. G. O. f. Düsseldorf 1684.**) Nur nach der Litiskontestation: Nassau, Sarbruck etc. G. O. 1498, Langensaltza O. und St. 1556, Sangerhausen St. 1556, Ulm O. v. Gericht und gerichtl. Prozessen gedr. 1683, Brandenburg K. G. O. 1709.

Endlich sind noch diejenigen Gesetze zu erwähnen, welche der Auflösung der Klage in Artikel überhaupt nicht gedenken. Ausser den schon ob. S. 292 genannten: Celle, Nürnberg und Riga sind es: Hessen G. O. 1497, Ettlich nottürfftig Freihaitbrief und O. über d. Ldg. Hirsperg (in Baiern) 1518, Brandenburg K. G. O. 1561, Rottweil Ern. O. d. kais. H. G. 1573 (subs. Verweisung auf die gemeinen Rechte)***), Lübeck St. und Str. 1586 †), Hamburg G. O. 1605 (vgl. ob. S. 276), Hildesheim Ref. (C. O.) 1609, Guben G. O. 1642 ††), Kedinger Ldr. 1662.

Wenn hier von ordentlichem Verfahren im Gegensatz zum schleunigen gesprochen wird, so zeigen schon die Bestimmungen über die Klage, dass dem ersteren nicht ein einheitlicher allgemein giltiger Begriff entspricht. Ebenso differenziert erscheint das Verfahren mit genereller Litiskontestation auch in anderen Punkten; z. B. bewegt sich nicht überall das Verfahren in Substanzialterminen, oder dieselben sind von verschiedener Anzahl; ähnlich

*) Vgl. Reichs-Abchsied v. 1570 § 88.

**) Datum zweifelhaft.

***) Die ältere Ordnung gibt sich durch den Charakter der Vorrede und den Mangel jeder allgemeinen autoritativen Anordnung betr. ihr Inkrafttreten als reine Privatarbeit kund, als welche sie auch von Senkenberg Visiones diversae de collectionibus legum germanicarum S. 143 bezeichnet wird; ihre Entstehung wird in Rücksicht auf ihren Inhalt wohl richtiger mit Senkenberg a. O. in das 14. Jahrhundert verlegt als mit Stobbe Gesch. d. d. Rechtsquellen II. S. 265 an das Ende des 15. Jahrh.; der Umfang spricht nicht für Stobbe, da z. B. auch das bayr. Landrecht-Buch (1330) sehr eingehende proc. Bestimmungen hat.

†) Nach Stobbe a. O. II. S. 295 ist 1586 das Entstehungsjahr. Mevius: Comentarii in Ius Lubecense S. 32 erklärt das gemeine Recht als subsidiär anwendbar, wonach Lib. V Tit. 3 § 1 welcher die Klageänderung nach Kriegsbefestigung verbietet von der generellen Kriegsbefestigung zu verstehen war.

††) Sausse: Die Rechtsbücher d. Stadt Guben. Die ursprüngliche Publikation erfolgte 30. Dez. 1586; die Revision ist abgeschlossen 25. Febr. 1642.

verhält es sich mit den Versäumnisfolgen. Als einziges gemeinsames Merkmal erscheint hienach zuletzt nur die generelle Litiskontestation; doch muss auch bezüglich dieser einmal betont werden, dass nicht alle Gesetze die Zweiseitigkeit ausdrücklich hervortreten lassen und ferner, dass einzelne Gesetze von dem Gebrauch bestimmter Worte für diesen Akt absehen und sich mit jeder Erklärung begnügen, welche überhaupt eine Verneinung der Klage erkennen lässt. So erscheint es ungenau, wenn man die grosse Masse von Gesetzen als eine Kategorie denjenigen, welche schleuniges Verfahren anordnen, gegenüberstellt, denn es vollzieht sich in jener der allmähliche Übergang zu dem Verfahren, dem der romanische Unterschied zwischen ordentlichem und unbestimmt summarischem Prozess fremd ist. Allein diese Ungenauigkeit war notwendig, wollte man eine Übersicht über die Gesetze selbst geben; denn die Unterschiede kreuzen sich fortwährend und das Eingehen auf dieselben würde zu unablässigen Wiederholungen nötigen; statt übersichtlicher Anordnung des Stoffes, die um der Genauigkeit willen schon einigermassen gelitten hat, würde man ein ganz verworrenes Bild haben.

Die Behandlung des Eides dient nicht minder als Beleg für die Mannigfaltigkeit des partikulären Prozessrechtes. Der generelle Calumnieneid ist die einzige Form, in welcher der Eid seit Ende des 15. Jahrhunderts überall gleichmässig zur Erscheinung kommt; doch erwähnen ihn nicht: Minden St. 1613 Lippe-Detmold C. O. 1660 (vgl. unten S. 298). Eine ganz singuläre Art der Verwertung des gen. Calumnieneides zeigt Trier O. 1400 *). Hienach muss der Kläger, welcher für seinen Anspruch nicht entweder „gute brieff oder unversprochen Kuntschafft" hat, seine Finger auf die Heiligen legen und sprechen „sulche ansprache, als er getaen habe, dem den er beklaget hait, dass er die doe, sich rechts zu bekommen und glaibe ane argelist und geverde, dass er rechte Sache suche, und doe das nit umb eynicherley ocksinne, betrucknus oder argewillen" .... „Were aber der Cleger ein Scheffe zu Trier so sall er sine Finger nicht also auf die Heiligen legen, sondern er sall es nehmen uf den eyt, den er uns oder einem Ertzbischoffen zu Trier zu ziden und dem

*) Scotti: Sammlung d. Ges. u. Verordnungen, welche im ehem. Churfürstent. Trier ergangen sind I. S. 108 ff.

Scheffenstole getaen hait . . . . und vort, so der Cleger den vurgenannten Eidt getaen oder Brieve oder Kuntschafft siner Ansprachen vurgezogen hett, so mag er dann an dem vurgenannten unsern Gerichte vortfahren als dan unsers egenannten Gerichtes Recht und Gewonheit steet." Der Eid ist auf Verlangen des Beklagten zu leisten, dagegen wird eine entsprechende Pflicht des Letzteren nicht statuiert. Inhaltlich Calumnieneid — nicht Schiedseid — erinnert er durch seine Einseitigkeit an das deutsche Rechtsinstitut der eidlichen Klage *); nur ist er eben kein notwendiger Bestandteil des Klageaktes, folgt vielmehr diesem erst eventuell nach. Würde man den Eid als Schiedseid auffassen, wofür das Eventualverhältnis zum Urkunden- und Zeugenbeweis zu sprechen scheint, so hätte der Schlussatz keinen Sinn; es ist deshalb unter dem „vurziehen" von Briefen oder Kundschaft wohl nur der Beweisantritt zu verstehen. Übrigens erscheinen die bei Scotti mitgeteilten Bestimmungen über den Eid (S. 108—116) nur als Bruchstück einer P. O., wodurch die Auslegung natürlich erschwert ist.

Regelmässig ist neben dem generellen Calumnieneid, obwohl derselbe überall das Versprechen enthält, im Rechten gefragt, die Wahrheit nicht zu verhalten, auch noch das juramentum dandorum et respondendorum zulässig **) und zwar werden beide Eide meist nur auf Verlangen und gleichzeitiges Erbieten einer Partei geschworen. Doch kommt sowohl das Fehlen beider Eide, als die Auferlegung von Amtswegen vor; teilweise werden sie sogar als obligatorisch behandelt.

Das Juram. d. et r. fehlt in: Nassau-Sarbruck G. O. 1498,

*) Vgl. Bethmann-Hollweg: Der Civilprozess des gemeinen Rechts IV 26 Anm. 6. Siegel: Deutsches Gerichtsverfahren S. 118 ff. Deutsch rechtlichen Einfluss zeigt dieses Gesetz auch in dem Vorkommen des Unterschiedes der Eidesleistung mit und ohne vare.

**) In Köln O., gedruckt 1631, Tit. 19 erschienen beide Eide in einer Formel vereinigt: „Ich N. N. schwöre und glaube meine klag- oder respective defensional- und andre ubergebenen Articuln war zu sein, dass ich auf meines Gegenteils Articul und warüber ich von Rechtswegen weiter gefragt werde, die rechte bewusste Wahrheit unverschlagen antworten, darzu nichts auss einiger Gefährde zu Verzug des Rechtens und Verlengerung der Sachen bitten und vorbringen will, keines falschen und verdächtigen Beweiss wissentlich gebrauchen noch Jemandt dieser Sachen halber weiters, dann das Recht zulest, gegeben und verheyschen habe oder geben und verheyschen wolle.

Baiern Ref. d. Ldr. 1518 G. O. 1520, Hirschberg O. 1518, Augsburg U. G. O. 1552, Jülich O. u. Ref. 1554, Mecklenburg-Schwerin Ref. u. Ldg. O. 1558, Brandenburg K. u. H. G. O. 1561, Jülich Rechts O. 1564, Nürnberg Ref. 1564, Stettin G. O. 1566, Köln Ref. 1570, Schleswig-Holstein Ldg. O. 1573, Rothenburg a. d. T. G. O. 1581, Spanheim H.G.O. 1586, Baden Ldr. 1588, Brandenburg K.G.O. 1594, Kur-Pfalz U. G. O. 1610, Baiern Ldr. 1616, Nassau-Katzenelnbogen G. u. L. O. 1616, Lippe-Detmold C. O. 1617, Brandenburg K. G. O. 1646. 1700, Braunschweig C. O. 1656. Weder der gen. Calumnieneid noch das Jur. d. et r. ist erwähnt in Nürnberg Ref. 1479, Celle Str. 1537, Ob.- u. Nieder-Schwaben Ldg. O. 1562, Hessen-Kassel C. O. 1581, Ostfriesland U. G. O. 1614 Guben G. O. 1642, Kedinger Ldr. 1662, Brandenburg P. O. 1699, Müllhausen i. E. 1740.

Der zugeschobene Eid dagegen kommt nur in einem verhältnismässig kleinen Teile der Gesetze vor und zwar zeigt sich dabei die Thatsache, dass er mehrfach gerade in solchen Gesetzen geregelt ist, welche über das Jur. d. et. r. schweigen; so Nürnberg 1479. 1564, Jülich 1564, Kur-Pfalz 1610, Baiern 1616, Nassau-Katzenelnbogen 1616, Brandenburg 1700. Zu dieser Thatsache tritt die weitere hinzu, dass Brandenburg K. G. O. 1709 Tit. 34 § 12 die Eidesdelation nach Leistung des jur. d. et. r. verbietet und in Vorpommern H. G. O. 1672 (Teil II Tit. 17 § 5) umgekehrt die juramenta d. et. r. wegen des Missbrauchs abgeschafft worden mit der ferneren Begründung: „wie sie denn auch so gar hoch nicht nötig, weil den Parthen die Juramenta dicendae veritatis*) zu deferieren erlaubt und dadurch die Wahrheit besser . . . herauszubringen ist."

Während diese Momente in Verbindung mit dem häufigen Nichtvorkommen des zugeschobenen Eides neben dem jur. d. et r. das von Hinschius**) gewonnene Resultat bestätigen, fehlt es andererseits auch nicht an Beweisen für die Existenzfähigkeit des zugeschobenen Eides neben dem jur. d. et r. Abgesehen von den Gesetzen, in welchen beide Eide nebeneinander erwähnt

*) Dass damit nur der Schiedseid gemeint ist, erhellt sofort aus dem Inhalt des folgenden § 6, der von dem zugeschobenen Eide handelt und sich auch mit dem Anfangsworte „Demnach" eng an das Vorausgehende anschliesst.

**) Beiträge zur Lehre von der Eidesdelation mit besonderer Rücksicht auf das canonische Recht.

sind, welche also auch die Möglichkeit lassen, dass beide Eide nacheinander geschworen wurden, scheint gerade jenes Verbot in der Brandenburgischen K. G. O. 1709 darauf hinzuweisen, dass die Eidesdelation früher thatsächlich trotz Leistung des jur. d. et. r. vorgekommen ist und, wie natürlich, zu Missständen geführt hat. Ueberdies wird in Salzburg O. 1678 und Bentheim H. G. O. 1690 die Eideszuschiebung zugelassen, obgleich die Leistung des jur. d. et r. letzterenfalls auch die Uebergabe von Artikeln obligatorisch ist; in Minden aber wurde trotz des gleichen Rechtszustandes die Eideszuschiebung durch die Praxis eingeführt (s. ob. S. 276) *)

Der Ergänzungseid fehlt in den meisten P. O. des 16. Jahrhunderts; spätere berücksichtigen ihn regelmässig. Einzelne Gesetze beschränken seine Zulässigkeit auf Fälle, in welchen der Schwurpflichtige über sein eigenes Wissen schwören kann. Die U. G. O. für Kurpfalz 1582 und 1610 Baiern Ldr. 1616 und Nassau-Katzenelnbogen G. und L. O. 1616 verlangen sogar, dass der Schwurpflichtige die zu beschwörende Thatsache mit einem seiner fünf Sinne wahrgenommen habe.

Zum Schlusse möchte die Aufmerksamkeit noch auf Reste des alten Eidesrechtes gelenkt werden. Während das Ditmarsische Ldr. 1567 und Würzburg Ref. 1582 das alte Recht über den Beweis durch Eide ausdrücklich aufheben, verweisen noch auf dasselbe Schleswig-Holstein Ldg. O. 1573 und Nordstrand Str. 1572. Auch die G. O. von Husum 1608 hat neben dem zugeschobenen Eide einen Teil des alten Rechts gewahrt, indem Tit. 30 Art. 3 sagt: „Da nun die Partheyen eine der andern solchen Eid nicht deferieren würden, kann Bürgermeister und Rath dem Theil, welcher von Rechtswegen Beweisung führen sollte, denselben ex officio und Amtshalber zu leisten auferlegen; jedoch ist der Beklagte näher, sich der Klage mit seinem Eide zu benehmen als der Kläger, ihm dieselbe mit seinem Eide beizubringen, womit gleichwohl der Personen und Sachen Gelegenheit nach dem Rate sein Gutachten und Verordnung vorbehalten wird“; Art. 1 daselbst erklärt hingegen den Zwölf-Mannseid im Husumer Weichbild

*) Nach gelegentlicher Mitteilung von Herrn Geh. Rat Wach kommt auch in italienischen Statuten des Mittelalters die gleiche Erscheinung vor.

als durchaus abgeschafft. Der Eid über moltigem Mund hat sich erhalten in Nürnberg Ref. 1479 und Baiern Ref. d. Ldr. O. 1518 G. O. 1520 Ldr. 1616. Mehrfache Anklänge an das alte Recht finden sich in Lübeck St. 1586 und Hamburg G. O. 1605.

B) Den von romanischem Geiste beherrschten P. O. stehen drei Gruppen von Gesetzen gegenüber, in welchen sich der Einfluss des sächsischen Rechtes, insbesondere durch das Verbot der artikulierten Klage und der generellen Litiskontestation, geltend macht. Es sind: a) die dem engeren sächsischen Rechtskreise angehörigen Gesetze; b) eine kleine Anzahl solcher P. O., welche eine Mittelstellung zwischen dem romanischen und dem sächsischen Systeme einnehmen und c) diejenigen, welche dem I. R. A. folgen.

a) In der Zeitfolge erscheint an der Spitze der sächsischen Gruppe die G. O. der Stadt Meissen vom 1. Januar 1570*), welche zwar die artikulierte Klage nicht ausdrücklich verbietet, aber auch nicht erwähnt, indem unter dem Titel: Von der Clagen lediglich verlangt wird: „Die Clagen sollen richtigk und schliesslich angestalt sein, damit nicht mit untüchtigen Clagen der Beklagte umbgetrieben und in Unkosten geführt wird.“ Zum mindesten ist es wahrscheinlich, dass die Artikulierung in Meissen, als einer sächsischen Stadt, nicht üblich war und darum als „untüchtig“ gelten musste. Dagegen enthält die G. O. das erste Verbot der generellen Litiskontestation: „Und soll die Form der gemeinen tunkeln ungewissen Antworth, nego narrata ut narrantur nicht zugelassen werden.“ Zwei Jahre später folgen Kurfürst Augusti Verordnungen und Constitutiones v. 21. April 1572, deren erster Teil dem Prozess gewidmet ist. Hieran reihen sich Erfurt Ern. G. O. 1583 (wie Meissen), Sachsen-Weimar Policey und L. O. 1589**), Breslau

*) Natürlich ist nicht ausgeschlossen, dass noch frühere Stadtrechte existieren, welche die sächsischen Prinzipien gesetzlich fixierten. Als das Wichtigste erscheint es, hier festzustellen, dass die Constitutionen v. J. 1572 nicht das erste Gesetz waren, das diese Richtung verfolgte.

**) Die artikulierte Klage ist hier gleichfalls nicht erwähnt; in einer Novelle vom 1. März 1723 ist jedoch bemerkt, dass man sich bisher neben der L.O. v. 1589 an die Kur-Sächsiche P.O. gehalten habe.

G. und P. O. 1591*), Oels L. O. 1610**), Halberstadt: Eines hochwürdigen Domkapitels der bischöflichen Kirchen zu H. sede vacante C. O. 1615, Preussen Ldr. 1620, Kur-Sachsen P. u. G. O. 1622, Magdeburg G. O und Prozess 1625, Braunschweig-Lüneburg C. O. 1651***), Magdeburg: Kirchen-, Polizey- und P. O. 1652. Des fürstl. sächsischen gemeinen H. G. zu Jena erneuerte und verb. O. 1653 (besonders Kap. 15 und 22), Anhalt Ern. u. verb. L. und P. O. 1665, Sachsen-Gotha G. und P. O. 1670; im Fürstentum Koburg eingeführt 1741, Lüneburg Str.†) 1679, (oder 1579), Leipzig Neue Handels G. O. 1682††), Preussen Rev. Ldr. 1685, Magdeburg P. O. 1686, Mühlhausen (in Thüringen) Erneuerte P. O. 1689, Magdeburg Erklärung und Verbesserung der im Jahre 1686 publ. P. O. 1696†††), Sachsen-Eisenach G. und P. O. 1702, Sachsen-Altenburg G. und P. O. 1704, Schwarzburg-

*) Ueber das Datum vgl. Walch: Vermischte Beiträge z. deutschen Recht 6. Teil S. 307. ff.

**) Bestimmungen über Klage und Litiskontestation fehlen; auf sächsisches System kann nur aus Erwähnung der Gewähr der Klage als Zeitgränze für die Eidesdelation und der Verbreitung sächsischen Rechts in Schlesien geschlossen werden.

***) Vgl. Art. 44 „Wan nun den exceptionibus dilatoriis auf solche maasse abgeholfen, sollen Unsre Kanzler und Räte den eigentlichen statum controversiae und dy quaestionem facti, worinn dy Parteien eigentlich different seyn, was der Eine directe, simpliciter et categorice affirmiere, der Andre aber negiere, worauf also dy decisio litis dannhero auch desselben contestatio proprie beruhet, mit sonderbarem Fleisse investigieren ... Das Gebot spezieller Einlassung ist hier direkt ausgesprochen; gleichgiltig erscheint aber diese Vorschrift mit der Zulassung von Klagartikeln unverträglich.

†) Das Lüneburgische Stadtrecht, so in sich begreifft der Stadt Lüneburg reformierte Statuta, Gerichts-, Rechts-, u. Polizei-Ordnungen in 9 Teile verfasset und auff Vieler Verlangen zum erstenmahl in Druck befördert 1722. Am Schlusse des I. Teiles von der G.O. steht der Satz: Datum 26. Augusti A° 79. — F. I. Pufendorf: Observationes Bd. III. Appendix S. 346 ff. teilt eine U.G.O. der Stadt Lüneburg, ohne Datum, mit, welche zu ihrer Ergänzung auf die Ober-G.O. verweist. Das Gesetz wird in der sächsischen Gruppe erwähnt, weil nach Lüneburger Str. Tit. 10 der „Prozess sächsischer Rechte“ dort herkömmlich war; das artikulierte Libell wird nämlich verboten, „damit der Prozess sächsischer Rechte in unserer Stadt erhalten werde.“

††) Der Churfürstlich Sächsischen Handelsstadt Leipzigk Kauf- u. Handelsrecht 1683 S. 28 ff.

†††) Das Verbot der artikulierten Klage wird hier, wie schon 1686, nicht mehr erwähnt und wohl als selbstverständlich betrachtet.

Rudolstadt Erneuerte G. und P. O. 1704, Kur-Sachsen Erläuterung und Verbesserung d. bish. P. und G. O. 1724, Mühlhausen (in Thüringen) P. O. 1730, Sachsen-Altenburg Neu erläuterte G. und P. O. 1744, Sachsen-Gotha G. und. P. O. 1776 (auf Grundlage der früheren P. O. v. 1670 und der Altenburgischen P. O. 1744).

An Verschiedenheiten im Einzelnen fehlt es auch in dieser Gruppe nicht. Der generelle Calumnieneid ist entweder gar nicht erwähnt oder ausdrücklich verboten. Er kommt jedoch vor in: Oels 1610, Halberstadt 1615, Braunschweig 1651, Magdeburg 1686 und den beiden P. O. für Mühlhausen. Der Eid wird überhaupt nicht erwähnt in Erfurt 1583. Abweichend von der Regel des sächsischen Rechtes wird die Eideszuschiebung allgemein auch nach der Kriegsbefestigung gestattet von Preussen 1685, Braunschweig 1651, Mühlhausen 1689 u. 1730, Schwarzburg-Rudolstadt 1704, Sachsen-Altenburg 1744 (spätestens bei den Beweis- und Gegenbeweisartikeln). Eine rein theoretische, aber nicht uninteressante Protestation gegen die sächsische Auffassung der nachträglichen Eideszuschiebung als Klageänderung findet sich in Halberstadt 1615 (Cap. 5 Tit. 3 § 2 *), wo es aber doch mit Rücksicht auf die bisherige Praxis beim Alten gelassen wurde.

b) In einzelnen Gebieten ist neben dem Verbot der artikulierten Klage die generelle Litiskontestation erhalten geblieben oder umgekehrt die Letztere aber nicht die Erstere verboten worden. Jenes war der Fall in Sachsen-Koburg H. G. O. 1598, wo die Aufrechthaltung der generellen Litiskontestation ausführlich damit motiviert wird, dass auch die spezielle Kriegsbefestigung „unnötige Disputationes und vorgebliche Auffzüge" ermögliche und dass ein Widerspruch darin liege, dem Kläger die artikulierte Klage zu verbieten, während der Beklagte in der speziellen Litiskontestation quasi articulatim antworten müsste (Teil II Tit. 19) Ulm Gesatz u. O. in Ehesachen 1617, Braunschweig-Lüneburg (Cellische) C. O. 1656 **). Ern. u. vermehrte

*) „... aber dass solches mit der Substantz des Libells Nichts zu schaffen sondern ein Species probationis, welche nach geschehener litis contestatio wohl geschehen könne."

**) Auf die Erhaltung der generellen Litiskontestation ist aus dem Schweigen des Gesetzes in Verbindung mit der subsidiären Verweisung auf die gemeinen Rechte und die H. G. O. zu schliesen.

H. G. O. 1663, Hessen-Kassel Ern. und verbesserte Marpurgische Sambt H. G. O. 1673, Braunschweig-Lüneburg (Cellische) H. G. O. 1685.

Die spezielle Kriegsbefestigung schreiben vor, ohne das Verbot der artikulierten Klage auszusprechen: Elbing G. O. 1735, Ellwangen (fürstl.) P. O. 1737. Eine eigentümliche Stellung nehmen ferner ein: Stralsund Revidierte G. O. 1670 und Bremen H. G. O. 1672 *) indem sie neben dem Verbot der generellen Litiskontestation als Regel auch das Verbot der artikulierten Klage aufstellen, ausnahmsweise aber die Einreichung von Klagartikeln zulassen, falls Zeugenbeweis geführt werden will. Der Codex Juris Bavarici Judiciarii 1753 endlich behält die artikulierte Klage bei, verlangt aber spezielle Litiskontestation.

c) In dieser dritten Gruppe sind alle jene Prozessordnungen zusammengestellt, welche entweder ausdrücklich auf den J. R. A. als ihre Quelle Bezug nehmen oder doch nach dem J. R. A. entstanden sind und mit diesem hinsichtlich des Ausschlusses der artikulierten Klage sowie des Gebotes spezieller Einlassung inhaltlich übereinstimmen, ohne dass unmittelbare Anlehnung an das sächsische Recht erkennbar wäre. Es sind zu nennen: Jülich-Bergische Canzley-P. O. 1661, Braunschweig-Lüneburg (Calenbergische) C. O. 1663 **), Mecklenburg-Schwerin (Güstrow'sche) C. O. 1669 ***), Lauenburg H. G. O. 1674, Frankfurt Conclusum 1676 (s. ob. S. 288), Erfurt G. O. 1704, Schwäbisch-Hall Ern. P. O. 1706, Nassau C. O. 1709, Braunschweig-Lüneburg O. A. G. O. 1713, Hessen-Kassel C. O. 1713, Memmingen G. u. P. O. 1713, Paderborn Erneuert u. verbesserte H. G. O. 1720, Osnabrück Ern. Tax u. P. O. 1720, Hessen-Darmstadt P. O. 1724, Hildesheim H. G. O. 1730, Hessen-Kassel O. wie die Rechtssachen bei denen Aemtern und U. G. in d. 1. Instanz geführet werden sollen (sog. U. G. O.) 1732, Lindau G. u. P. O. 1739, Niederschlesien Neue P. O. 1741, Regensburg Ern. gerichtl. P. O.

*) Schlüter: Die Ordnung des kgl. Hofgerichts der Herzogthümer Bremen und Verden 1833.

**) Diese wird auch im Bisthum Osnabrück eingeführt und zwar jedenfalls vor 1720; wiederholt eingeschärft 1720. 1723. Codex Const. Osnabr. I. S. 171 Anm. 29.

***) Auch in Scharenberg und Genzken: Gesetzsammlung für die Mecklenburg-Strelitzischen Lande 2. Abt. 1860 abgedruckt.

1741, Hessen—Kassel P. O. f. die Obergerichte 1745, Hessen-Hanau H. u. Ehe-G. O. publ. 1747 (erlassen 1746), Bremen G. O. 1751 (s. ob. S, 275), Baden Vorläufige Verordnung die Abkürzung des rechtlichen Verfahrens bei unserm fürstl. Hofgerichte betr. 1752, Bremen und Verden U. G. O. 1753, Rostock Str. 1757, Reval Ob. G. O. 1757, Hessen-Hanau U. G. O. publ. 1764 (erlassen 1763), Danzig Revid. P. O. 1765, Kempten (Stadt) G. u. P. O. 1770, Augsburg (Stadt) P. O. 1771, Speyer H. G. O. 1771 Ober- u. A. O. 1772, Danzig Revid. P. O. 1772. Zum Schlusse muss noch Preussen Allg G. O. 1793, als am Ausgange des 18. Jahrhunderts stehend, erwähnt werden. Das Gesetz geht seine eigenen Wege, deren Richtung hier nicht näher zu untersuchen ist.

Trotzdem die generelle Litiskontestation als notwendiger Bestandteil des Verfahrens verschwunden ist, lebt die Erinnerung an dieselbe, sowie an die Zweiseitigkeit dieses Aktes noch fort. Paderborn 1720 Tit. 29 § 1 enthält noch die alte Formel: „In angeregter Sache wiederhole ich meine Klage und bitte inhalts derselben“ — „In Sachen N. N. bin ich der Klage nicht geständig“; bei Weigerung wird die Litiskontestation als geschehen angenommen. Lindau 1739 verlangt in Tit. X. § 2 nur die spezielle Einlassung, erklärt aber in § 5 für summarische Sachen solche solenne Kriegsbefestigung für unnötig; Regensburg 1741 schreibt vor, dass die Litiskontestation vorgenommen werden solle nach Anleitung der §§ 34, 37, 38 I. R. A.; da nun § 34 von der Klage und § 37 von der Antwort handelt, muss ausgegangen sein von dem Gedanken an die Zweiseitigkeit der Litiskontestation. Vgl. auch noch Braunschweig C. O. 1651 Art. 44 ob. S. 301 Anm.***

Neben dem Verbote der artikulierten Klage und dem Institut der speziellen Litiskontestation sollte man das Verschwinden der Uebergabe von Artikeln zum Behufe der Beantwortung durch den Gegner sowie der juramenta d. et. r. erwarten. Wie aber der I. R. A. selbst § 41. 49 dieses Verfahren zur „Beschleunigung der Probationen“ noch beibehielt, so geschah es auch in Jülich, Lauenburg, Erfurt, Schwäbisch-Hall, Nassau, Paderborn; Mecklenburg C. O. 1669 erwähnt diesen modus zwar

nicht mehr; allein seine Fortdauer beweist ein Reskript v. 31. Jan. 1767 *).

Auf die Verschiedenheiten in der Behandlung des Eides innerhalb dieser zwei letzten Gruppen einzugehen, muss zwar unterlassen werden. Doch ist hervorzuheben, dass sich im Verlaufe des 17. und 18. Jahrhunderts in den unter B genannten Gesetzen bezw. Territorien allmählich unter dem Einfluss der Auffassung des Eides als Beweismittel der Ausschluss der Eideszuschiebung über das Rechtsverhältnis selbst vollzieht, indem der Eid auf die einzelnen „Umstände des Factum" beschränkt wird. Die Frage aber, in welcher Weise sich diese Umgestaltung vollzog, ist nur unter Berücksichtigung der gleichzeitigen Rechtsprechung zu beantworten, eine Aufgabe, welche ausserhalb des Rahmens der gegenwärtigen Abhandlung liegt.

*) Sammlung aller f. d. Grhzgt. Mecklenburg-Schwerin giltigen Landesgesetze III S. 257.

Zur Lehre

von der

Gewissensvertretung.

Von

C. Bolgiano.

Dass die Gewissensvertretung[1]) des gemeinen Civilprozesses und der verschiedenen Partikularprozessordnungen auch im neuen Prozess fortbestehe, zwar nicht dem Namen, wohl aber dem Wesen und der Sache nach, habe ich auf dem Standpunkt der Bayer. P. O. vom Jahre 1869 und des Entwurfs der R. C. P. O. im Archiv für Civ.-Pr. Bd. 57 S. 135. fg. (Jahrgang 1874) zu zeigen versucht.

Die bezüglichen Stellen des Entwurfs sind sodann Gesetz geworden und ich hatte daher nicht notwendig, meine Anschauung zu ändern, sondern kann dabei stehen bleiben, dass das Institut der G.-V. dem Prozessrecht der Reichscivilprozessordnung ebenso bekannt ist, als es dem Römischen Prozesse bekannt sein musste, obwohl keine einzige Stelle in der P. O. und im *Corpus juris* eine Erwähnung von ihr macht.[2]) Die G.-V. verdankt ihr Dasein dem praktischen Bedürfniss und lässt sich aus allgemeinen Prozessgrundsätzen konstruiren, nämlich aus der Gleichheit der Parteienrechte, dem Grundsatz der Zweiseitigkeit und dem Prinzip der Eidesersparung, wie Preusser (im Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 10 S. 101 fg.) gezeigt hat. Sie ist daher durchaus kein singuläres Rechtsinstitut, und beruht keineswegs auf einer besonderen

---

[1]) Im Folgenden abgekürzt durch „G.-V."

[2]) Das haben jetzt auch die Kommentatoren anerkannt. So lehrt Seuffert 3. Aufl. S. 494 Anm. 2, lit. c. zu § 418: „der Ausdruck „G.-V." ist im Gesetz vermieden, der Sache nach ist die gemeinrechtliche G.-V. angenommen."

Ebenso von Bülow 2. Aufl. S. 323 No. 2 Abs. 3 und Hellmann im Lehrbuch S. 578 No. 3.

Rechtsbegünstigung des Delaten (wie man früher annahm), sondern sie ergiebt sich von selbst und mit Nothwendigkeit aus den angeführten, auch im neuen Prozesse anerkannten Grundmaximen. Wenn es dem Probanten erlaubt ist, zwischen dem Eid und anderen Beweismitteln zu wählen, ja sogar beide mit einander zu verbinden, also den Eid eventuell zu deferiren, so muss man seinem Gegner das gleiche Recht zugestehen. Denn die G.-V. ist nichts anderes, als das Recht des Delaten auf den Gegenbeweis. Würde man die G.-V. verbieten, so hätte der Delat gar keine Gelegenheit, seinen Gegenbeweis zu verwerthen, er würde um seine Beweismittel gebracht, das Prinzip des *audiatur et altera pars,* sowie der Grundsatz der Gleichheit der Parteienrechte wäre verletzt. Endlich lässt sich die G.-V. auch aus dem Prinzip der Eidesersparung und Vermeidung der Gefahr eines Meineids rechtfertigen. Hieraus ergiebt sich nämlich die Unstatthaftigkeit der Eideszuschiebung über den Gegenbeweis (*c.* 2 X. 2. 19, C. P. O. § 411),[3]) sowie die Wirkung des unverbrauchten Gegenbeweises als materielle G.-V. bei eventueller Eidesdelation (Bayer Vortr. S. 981), und folglich auch die Zulässigkeit der eigentlichen oder formalen G.-V. bei prinzipaler Eidesdelation.[4])

---

[3]) Es ist mir daher unerklärlich, wie v. Bülow, welcher in seinen Bemerkungen zu § 411 die Unstatthaftigkeit der Eideszuschiebung über den Gegenbeweis anerkennt, in Nr. 2 zu § 418 (2. Aufl. S. 323) sagen kann: „Der Delat sei berechtigt, Beweismitteln, die nicht mit Eidesdelation kumulirt sind, eine Eideszuschiebung (allein oder in Verbindung mit andern Beweismitteln) entgegenzusetzen.“

[4]) Bei eventueller Eidesdelation besteht für die Wahl der G.-V. kein Bedürfniss, da bei misslungenem Hauptbeweis der gelungene und unverbrauchte Gegenbeweis ihre Stelle vertritt. Der Deferent sagt zwar, er habe dem Gegner für den Fall, dass er mit seinem Prinzipalbeweis nicht durchdringen sollte, den Eid deferirt. Da nun dieser Fall eingetreten, d. h. der Prinzipalbeweis vollständig misslang und der Delat den deferirten Eid angenommen hatte, so verlange er dessen Ableistung. Allein der Delat ist nicht schuldig, diesem Ansinnen zu entsprechen, weil er das nicht zu beschwören braucht, was er bereits vollständig erwiesen hat, und der Richter dürfte keinenfalls auf den Eid eingehen, wenn sich auch der Delat dazu bereit erklärte, weil jener Eid ein vollkommen überflüssiger Eid wäre. Der Beweis des Delaten und Beklagten über die Unwahrheit des Klagegrundes ist zwar als Gegenbeweis überflüssig, weil kein Klagebeweis vorliegt; dagegen verwandelt er sich in eine G.-V. und

Was nun die R.C.P.O. anbelangt, so kommt hier die G.-V dem Namen nach ebenso wenig vor, als in der Bayer. P.O v. J. 1869. Auch heisst es im § 417 der R.C.P.O. (und in Art. 425 der Bayer. P.O.) nicht, der Delat habe die Wahl zwischen Annahme, Relation des Eides und der G.-V., sondern es heisst nur:

„Die Partei, welcher der Eid zugeschoben ist, hat sich zu erklären, ob sie den Eid annehme oder zurückschiebe."

Endlich sagen die Motive zum deutschen Entwurf:

„Die G.-V. als besonderes Institut konnte keine Aufnahme finden, da sie als solches bei dem vom Entwurf angenommenen System nicht bloss überflüssig, sondern auch irreführend ist und zu besorgen steht, dass Doktrin und Praxis geneigt sein werden, an die G.-V. des gemeinen und preussischen Rechts anzuknüpfen und die zahllosen Kontroversen zu verewigen, welche die G.-V. zu einem der bedenklichsten Prozessinstitute machten." [5])

Gleichwohl ist aber die G.-V. des gemeinen Rechts in die P.-O. aufgenommen worden. Im § 418 ist es nämlich dem

---

wird als solche wirksam, wenn der Eid eventuell deferirt worden war. Die Doktrin nennt diesen unverbrauchten Gegenbeweis materielle G.-V.

Wurde nun der Eid nicht eventuell, sondern prinzipaliter deferirt, so kann man (wie Preusser mit Recht schliesst) dem Delaten ebensowenig den Versuch abschneiden, das Gegentheil des Klagegrundes darzuthun, um den Eid zu ersparen. Wenn es unvernünftig ist, demjenigen, der etwas vollständig bewiesen hat, einen Eid darüber aufzubürden, dass das Bewiesene wahr sei, so wäre es gewiss ebenso unvernünftig, wenigstens höchst unbillig, demjenigen, der etwas beweisen kann und will, den Beweis abzuschneiden und den Eid aufzudringen! Wenn man daher die materielle G.-V. zulässt, so muss man auch die formelle und eigentliche G.-V. gestatten.

[5]) Die Motive zum Bayerischen Entwurf sagen, die G.-V. gebe auch zu den bedenklichsten Prozessverzögerungen Anlass. Dies ist m. E. der einzige wirkliche Vorwurf, den man der G.-V. machen kann, und war wohl der Hauptgrund, weshalb der bayerische und norddeutsche Entwurf die G.-V. und also auch die Kumulation des Schiedeides mit anderen Beweismitteln für unzulässig erklärt hatten. Auch in Deutschland machte sich (ausserhalb Sachsens) seiner Zeit die Opposition gegen die aus Italien gekommene G.-V. vom Gesichtspunkt der Prozessverzögerung aus geltend, und stützte sich besonders darauf, dass der Eid kein eigentliches Beweismittel, sondern ein zum Besten des Deferenten eingeführtes Abkürzungsmittel des Prozesses sei, welches nicht nach des Delaten Willkür mit einer anderen weitläufigeren Probe vertauscht werden dürfe.

Delaten nicht bloss bei eventueller, sondern auch bei prinzipaler (ausschliesslicher) Eideszuschiebung gestattet, neben der Erklärung auf den Eid oder statt derselben seinen Gegenbeweis anzutreten. Lässt man aber den Gegenbeweis zu, obgleich der Eid ausschliesslich deferirt wurde, [6]) dann ist auch die G.-V. des gemeinen Rechts aufgenommen, die ja kein besonderes Rechtinstitut ist und folglich bei dem vom Entwurf und von der P.-O. angenommenen System weder überflüssig, noch irreführend sein kann. Sagen doch die Motive selbst:

„Vermieden ist der Ausdruck „Gewissensvertretung". Der dem gemeinrechtlichen Institut zu Grunde liegende Gedanke ist aufgenommen. [7]) Aber nur der dem Institute der G.-V. zu Grunde liegende Gedanke durfte im Gesetze zum Ausdruck gelangen, die G.-V. als besonderes Institut konnte keine Aufnahme finden."

Allein zwischen der Annahme des dem Institut zu Grunde liegenden Gedankens und der G.-V. selbst kann ich keinen Unterschied erblicken, da ja die G.-V. auch im gemeinen Prozess kein singuläres Rechtsinstitut, sondern nur das Recht des Delaten auf den direkten Gegenbeweis ist. Mit der Annahme des Gedankens ist daher meines Erachtens die G.-V. selbst aufgenommen. [8]) Daher sind auch die zahllosen (?) Kontroversen,

---

[6]) Der norddeutsche Entwurf (§§ 612, 613 u. 621) hatte die Kumulation des Eides mit anderen Beweismitteln (die eventuelle Eidesdelation) und folglich auch die G.-V. verboten.

[7]) Der Entwurf (§ 400) hat nämlich gestattet, dass bezüglich einer Thatsache, deren Beweis von der einen Partei durch Eideszuschiebung angetreten ist, von der andern Partei Beweis durch andere Beweismittel angetreten werden kann.

[8]) Nur der Unterschied besteht zwischen der G.-V. des gemeinen Rechts und der G.-V. der P.O., dass sie nach § 418 Abs. 1 auch dann noch versucht werden kann, wenn der Delat bereits den Eid angenommen oder zurüchgeschoben hatte, während dies nach gemeinem Recht nicht angeht, weil durch die Erklärung auf den Eid dieses Beweismittel gemeinschaftlich geworden und daher nicht einseitig von jener Erklärung abgegangen werden darf. Hieraus folgt aber nicht, dass die G.-V. der P.O. nicht als Erklärung auf den Eid gelten könne; denn der Deferent darf ja auch dann Beweismittel einschieben, wenn der Delat den Eid angenommen oder referirt hatte, P.O. § 418, es wäre also dann die Akzeptation und Relation des Eides auch keine Erklärung auf den Eid.

deren Verewigung die legislativen Motive befürchten, wenn der Gegenbeweis des Delaten als G.-V. karakterisirt würde, keineswegs aus der Welt geschafft. Einige derselben sind in der P.-O. entschieden, andere dagegen bestehen noch fort, wie die Frage über die Zulässigkeit des Gegenbeweises und die Auflage eines richterlichen Eides, — und ist die Besprechung derselben der Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes.

I.

1. Im gemeinen Prozesse ist die Frage bestritten, ob der Delat, wenn ihm die G.-V. misslungen war, den Rückgriff zum Schiedseid habe.

Diese Streitfrage, welche mit der herrschenden Ansicht zu bejahen ist (vgl. Bayer S. 902 u. 897, Renaud S. 358 u. 359, Wetzell S. 263 und Note 45, A. M. Niessen „Die G.-V. nach gemeinem und deutschem Prozessrecht," Leipzig 1861), ist auch nach der D.P.O. in diesem Sinne zu entscheiden. Es heisst in § 418 Abs. 2:

> „Werden andere Beweismittel geltend gemacht" (sei es von der einen oder anderen Partei), „so gilt der Eid nur für den Fall als zugeschoben, dass die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt."

Der Delat hat also nach misslungener G.-V. den Rückgriff zum Schiedseid.

Ja, der Deferent muss solchen Falles die Eideszuschiebung wiederholen und der Delat kann die früher abgegebene Erklärung widerrufen. C P.O. § 419 Abs. 2.

2. Im gemeinen Prozess ist zunächst die Frage bestritten, ob die G.-V. ein Hauptbeweis oder ein Gegenbeweis sei, und ob also gegen sie eine Reprobation des Deferenten zulässig sei oder nicht.

Die Ansicht, dass die G.-V. ein Gegenbeweis sei (vergl. Wolfsohn im Archiv f. civ. Pr. Bd. 25 S. 255 fg., Bayer Vortr. S. 898, Barth Beitr. S. 58 fg.), hat sich seit Langem Bahn gebrochen. (A. M. Gönner Handb. II. S. 496 fg., Linde in der Zeitschr. f. Civilrecht u Prozess Bd 3 S. 1 fg., Bd. 11 S. 121 fg.). Sie ist nicht bloss die *communis opinio,* sondern

auch die richtige Ansicht[9]). Eine weitläufige Begründung derselben findet sich in meinen ges. Abhandlungen S. 318 bis 330.

Auch im neuen Prozesse erscheint die G.-V. als Gegenbeweis, was sich schon daraus ergiebt, dass der Ausdruck G.-.V. vermieden und nur davon die Rede ist, dass der Delat das Recht habe, trotz der erfolgten Eideszuschiebung alle ihm zu Gebote stehenden Beweismittel für die Unwahrheit der gegnerischen Behauptungen dem Gerichte vorzulegen. P. O. § 418 und Motive zu § 400 des Entwurfs.

3. Bestritten ist ferner die Frage, ob gegen die G.-V. ein Gegenbeweis zulässig ist.

a) Gegen den gewöhnlichen Gegenbeweis findet kein weiterer Gegenbeweis statt *(„Reprobatio reprobationis non datur“)*. Vgl. meine ges. Abhandl. S. 330 bis 338.

Bayer und die *communis opinio* suchen bekanntlich den Grund dieses Lehrsatzes in der Eventualmaxime. Sei es nicht erlaubt, nach verstrichener Beweisfrist die in Folge hiervon präkludirten Beweismittel nachzuschleppen, so werde es auch nicht gestattet sein, diese Beweismittel als Antireprobation, d. h. zur Vernichtung des Gegenbeweises, zu gebrauchen. Habe aber der Richter versäumt, eine Beweisfrist vorzuschreiben, oder die vorgesteckte peremtorisch zu fassen, dann sei auch die Antireprobation erlaubt. (Vgl. Bayer S. 771/72.)

Eben deshalb meint Schmitt im Kommentar zur bayer. P. O. v. J. 1869 (Bd. 1 S. 512), dass im neuen Prozess, der von der Eventualmaxime nicht beherrscht wird und keine Beweisfrist kennt, der obige Satz, der überdies dem natürlichen Rechtsgefühl widerstreite (?), nicht gelten könne. Ebenso Struckmann und Koch (3. Aufl.) zu § 255 No. 4 (S. 235).[10])

Allein der wahre Grund der Unzulässigkeit einer Antireprobation ist nicht im Eventualprinzip, sondern im natürlichen

---

[9]) Renaud im Lehrbuch § 136 Abs. 3 sagt nach dem Vorgange Wetzells (System S. 263—64), die G.-V. sei weder ein Haupt-, noch ein Gegenbeweis, falle aber materiell mit letzterem zusammen. Diese Ansicht kommt der ***communis opinio*** am nächsten.

[10]) In der 3. Aufl. ihres Kommentars zur R.C.P.O. sagen Struckmann und Koch S. 235: „Die Regel *„reprobatio reprobationis non permittitur“* hat keine Bedeutung mehr. A. M. Bolgiano ges. Abhandl. S. 213.“

Verhältniss des angegriffenen Theils zum angreifenden zu suchen, woraus sich ergiebt, dass dem Angegriffenen — dem Beklagten nach der augenblicklichen Aktenlage, im Beweisverfahren dem Reprobanten — allzeit das letzte Wort gebührt, weil es (wie **Emminghaus** im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 7 S. 223 mit Recht bemerkt) nicht angeht, dass eine Partei im nämlichen Prozess über einen und denselben Beweissatz zuerst einen Hauptbeweis und dann einen Gegenbeweis antrete, also die Rolle des Produzenten und Reproduzenten vereinige. Hatte der Richter keine Beweisfrist vorgeschrieben, oder giebt es keine Beweisfrist, wie im neuen Prozess, so muss es dem Probanten natürlich gestattet sein, Beweismittel nachzutragen. Es kann ihm aber nicht der weitere Vortheil eingeräumt werden, mit denselben eine Antireprobation zu versuchen, da hierdurch der angreifende Theil das letzte Wort bekäme, und zu seinen Gunsten, sei es definitive, oder auf seinen Ergänzungseid erkannt werden müsste. (Vgl. **meine** ges. Abhandl. S. 202—207; **meinen** Aufsatz im Archiv f. civ. Pr. Bd. 25 S. 213 fg. und mein Handbuch des R.C.P.R. S. 520 bis 522).[11]) Dagegen bemerkt nun **Struckmann** in 3. Aufl. S. 235 (A. 4 zu § 255):

---

[11]) Wenn man freilich zwischen Beweisnachtrag und Antireprobation keinen Unterschied in der Wirkung annimmt, weil im mündlichen Verfahren, wie **Endemann** in seinem Deutschen Civilprozessrecht S. 824 sagt, „der Gegenbeweis in der einheitlichen Gesammtaktion aufgeht, in welcher beide Theile auf die richterliche Ueberzeugung hinarbeiten,“ und weil im neuen Prozess das Prinzip der freien Beweiswürdigung gilt (P.O. § 259), der Richter also die kollidirenden Beweise ohne Rücksicht auf die Art ihrer Vorbringung (ob als Haupt- und Gegenbeweis, oder als Gegenbeweis und Antireprobation) zu beachten hat, — dann wird freilich die ganze Streitfrage — wenigstens im neuen Prozesse — gegenstandslos. Es unterliegt auch keinem Zweifel, dass der Richter den Kollisionsfall mit oder ohne richterlichen Eid zu Gunsten des Probanten oder Reprobanten und ohne Rücksicht darauf entscheiden kann, ob der Beweisnachtrag des Beweispflichtigen als Hauptbeweis oder als Antireprobation wider den Gegenbeweis eingeführt wurde. Allein wie oft kommt nicht der Fall vor, dass der Richter schwankt, welchem von beiden Beweisen er den Vorzug geben, nach welchem er also seine Ueberzeugung bilden soll. Er wird dann zu den alten Beweisregeln greifen, welche, wie v. **Planck** so treffend gesagt hat, nur aus dem Gesetzbuche, nicht aber aus der Schule und Praxis verschwinden sollen, da in ihnen ein reicher Schatz goldener Erfahrungssätze liegt. Der Richter wird also dann den Kollisionsfall nach der schon im Römischen Recht ausgesprochenen Regel *in dubio pro reo* zu Gunsten des Reprobanten,

„Die Regel *„reprobatio reprobationis non datur“* hat, obwohl an den materiellen Grundsätzen der Beweislast nichts geändert ist, keine Bedeutung mehr, weil sie nur einen Ausfluss der Eventualmaxime bildet (?) und der Satz, dass dem angegriffenen Theil das letzte Wort gebührt, durch die Zulassung neuer Beweismittel nicht verletzt wird (?), indem ja der angegriffene Theil seinerseits an der Widerlegung der neuen Beweismittel nicht gehindert ist.“

Allerdings bleibt es dem Probanten unverwehrt, die Beweismittel des Reprobanten anzugreifen und durch diesen Elisivbeweis, wenn er Stoff hiezu hat, das Zustandekommen des Gegenbeweises zu verhindern (vgl. mein Handbuch S. 505). Allein es ist dem Probanten als angreifenden Theil nicht erlaubt, den Gegenbeweis durch eine gegen dessen Thema gerichtete Antireprobation unwirksam zu machen. Die gegentheilige Entscheidung beruht auf einer Verkennung des Satzes: „Dem angegriffenen Theile gebührt das letzte Wort.“ Dieser Satz ist auch dann verletzt, wenn man dem angegriffenen Theil (dem Beklagten und Reprobanten) gegen die Antireprobation (was dann selbstversändlich ist) wieder eine Antireprobation gestatten würde. Denn nur in höchst seltenen Fällen wird ja der Re-

resp. des Antireprobanten entscheiden, und es ist daher solchen Falls durchaus nicht gleichgiltig, ob ein Beweisnachtrag des Probanten als blosser Nachtrag, d. h. als Hauptbeweis, oder als Gegenbeweis wider den Gegenbeweis, als Antireprobation erscheint. Entscheidet nämlich der Richter den Kollisionsfall mit der *communis opinio* nach dem Subtraktionsprinzip, erklärt er also, er habe gar keine Ueberzeugung, weder von der Wahrheit, noch von der Unwahrheit der Klage, so wird er nach dem Satz *„actore non probante reus absolvitur“* zu Gunsten des Reprobanten resp. Antireprobanten erkennen, d. h. beim Beweisnachtrag den Beklagten absolviren (weil Beweis und Gegenbeweis von gleicher Stärke sich gegenseitig entkräften), bei der Antireprobation ihn verurtheilen (denn die Antireprobation des Klägers zerstört die Reprobation des Beklagten, es bleibt daher der Klagebeweis in Kraft). Entscheidet dagegen der Richter den Kollisionsfall nach dem Bevorzugungsprinzip, was ich für das Richtige halte, (vgl. *l.* 21 § 3 *D. de test. c.* 33 *X. de probat.* das *argum. e. contrario* aus *c.* 14 *Cod.* (4. 21); meine ges. Abhandl. S. 385 fg.; und meinen Artikel in Holtzendorffs Rechtslexikon Ed. 2 S. 289 fg.), so wird er beim Beweisnachtrag den Gegenbeweis vorziehen, und also den Beklagten gleichfalls lossprechen, bei der Antireprobation aber zu Gunsten des Klägers, wenn nicht definitiv (wie beim Subtraktionsprinzip), so doch auf dessen Suppletorium erkennen.

probant in der Lage sein, eine solche Antireprobation unternehmen zu können; in der Regel wird also der angreifende Theil (der Kläger und Probant) mit seiner Antireprobation thatsächlich das lezte Wort bekommen und dadurch den Satz verletzen, dass es einer Partei nicht gestattet sein könne, bezüglich des nämlichen Satzes die Parteirolle des Probanten und Reprobanten zu vereinigen.

Die Antireprobation soll nun nach der *communis opinio* ausnahmsweise zulässig sein, wenn der Beweispflichtige eine wirksame (d. h. bezüglich ihrer historischen Prämisse eingestandene oder notorische) Rechtsvermuthung für sich hat, weil dann in der Antireprobation kein Nachbringen präkludirter Beweismittel liegt und es folglich dem Probanten freistehen müsse, Beweisnachträge zu liefern. Vgl. Schmid Handbuch des gem. Proz. (Kiel 1844) Bd. 2 S. 143; Gensler im Archiv Bd. 4 S. 303; Bayer S. 772 Abs. 3. Die Beweislast trifft nämlich hier den Gegner des Rechtsvermuthers, ihm wird ja auch der Gegenbeweis im Interlokut aufgelegt; er wird also auf diese Weise Hauptbeweisführer. Dem Inhaber der Rechtsvermuthung muss aber dann die Reprobation erlaubt werden, und das um so mehr, als er noch gar keine Gelegenheit hatte, seine anderweitigen Beweismittel ins Feld zu stellen. Auch Wetzell sagt (im System 3. Aufl. S. 160), dass die der präsummirten Thatsache direkt entgegenstehende Thatsache unter den Gesichtspunkt der Einrede fällt, und folglich der Beweis derselben als Einredebeweis (somit als Hauptbeweis und zwar als absolut nothwendiger Hauptbeweis) erscheine, woraus sich von selbst ergebe, dass derselbe durch Eidesdelation geführt werden könne. Hat nun aber der Entkräftungsbeweis gegen die Rechtsvermuthung die Natur eines Einredebeweises, so ist auch der Gegenbeweis gegen denselben zulässig.

Ich habe diese Ansicht unter dem Beifall der Kritik in der Giessner Zeitschr. Bd. 19 S. 372 fg., in meinen gesammelten Abhandlungen (S. 211—233), im Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 57 S. 176 fg. (Replik gegen Zimmermann in Bd. 56 S. 214 fg.) und in meinem Handbuch des R. C. P. R. (S. 517—519 und 523) bekämpft. Allerdings hat der Beweispflichtige, der eine Rechtsvermuthung für sich hat, noch keinen Beweis geführt und braucht

auch keinen solchen zu führen, da er von der Beweislast befreit ist. Allein er hat den Richter von der Wahrheit seiner Behauptung durch die Berufung auf die Rechtsvermuthung vollständig überzeugt und darf daher wider den Gegenbeweis eben so wenig eine Antireprobation übernehmen, als er sich die Eidesdelation über jenen Gegenbeweis gefallen lassen kann. Was man nicht mehr zu beweisen braucht, weil es bereits nach gesetzlicher Vorschrift als erwiesen gilt, das braucht man auch nicht zu beschwören.[12]) Der letzten Thesis haben sich denn auch Schütze (in der Kritik meiner Abhandlungen in Pözls Vierteljahrsschrift Bd. 11 S. 583), Burkhardt (Civilrechtl. Präsumtionen) und Zimmermann (im Archiv f. civ. Pr. Bd. 55) angeschlossen und habe ich dieselbe im Archiv f. civ. Pr. Bd. 55 S. 50 fg. weiter ausgeführt, nämlich die Konsequenzen davon gezogen. Der Gegenbeweis gegen den durch eine Rechtsvermuthung liquiden Klagegrund ist daher nach gemeinem Prozessrecht, wenigstens nach meinem Dafürhalten, auch in prozessualer Beziehung nicht wie ein Hauptbeweis, sondern als Gegenbeweis zu behandeln.

Anders verhält sich dies nach der R. C. P. O. Das Einführungsgesetz hiezu § 16 Nr. 1 Abs. 2 gestattet die Eidesdelation über den Gegenbeweis wider die Rechtsvermuthung, und die Motive zu den §§ 246—250 des Entwurfs der C. P. O. begründen dies unter Berufung auf Wetzell und in seinem Sinn. Ist aber die Eideszuschiebung über jenen Gegenbeweis zulässig, weil er die Natur eines Einredebeweises und also eines

[12]) Eben deshalb habe ich vorgeschlagen, im Beweisinterlokut nicht dem Gegner des Vermuthungsinhabers, sondern dem Vermuthungsinhaber den Hauptbeweis aufzulegen, und zwar in folgender Weise: „Habe Kläger binnen 14 Tagen peremtorischer Frist mit seinen anderweitigen Beweismitteln über den durch die Rechtsvermuthung bereits liquiden Klagegrund Beweis anzutreten; *salva reprobatione directa.*" Vgl. meinen Aufsatz im Archiv f. civ. Pr. Bd. 55 S. 50 fg. Note 4; A. M. Zimmermann ebendaselbst Bd. 56 S. 214 fg. Vgl. aber dagegen meine Replik in Bd. 57 S. 170 fg. und mein Handbuch des R.C.P.S. S. 473—475. Eben deshalb habe ich auch einen andern Begriff von Haupt- und Gegenbeweis proponirt und gesagt: „Hauptbeweis ist der im Interlokut aufgelegte, Gegenbeweis ist der daselbst vorbehaltene Beweis." Und im neuen Prozess: „Hauptbeweis ist die Beweisführung derjenigen Partei, welche in concreto die Beweislast trifft." Vgl. mein Handbuch S. 502.

Hauptbeweises hat, so muss gegen denselben aus dem angeführten Grunde auch ein Gegenbeweis (eine Antireprobation) stattfinden.[13])

b) Was nun die G.-V. anbelangt, welche auch ein Gegenbeweis ist, weil der Delat hiedurch das Gegenteil des gegnerischen Angriffs (die Unwahrheit der Klage oder Einrede) darzuthun sucht (s. oben Nr. 2), so giebt es dagegen nach gemeinem Prozessrecht — der richtigen Ansicht nach, die auch von Bayer, Muther, Emminghaus und Preusser vertreten wird — keine Antireprobation. Der wahre Grund hievon liegt aber nicht in der Eventualmaxime, wie Bayer meint (S. 901 No. 5), sondern, wie oben ausgeführt wurde, in dem Satze, dass dem Angegriffenen das letzte Wort gebührt. Angenommen aber auch, die Eventualmaxime sei der Grund der Unzulässigkeit einer Antireprobation, diese sei daher zulässig, wenn der Richter versäumt hatte, eine Beweisfrist festzusetzen oder sie peremtorisch zu fassen (Bayer S. 772 Abs. 3), so müsste sich dies bei der G.-V. gleichwohl anders verhalten, und würde sich solchenfalls die G.-V. vom gewöhnlichen Gegenbeweis unterscheiden. Ein Gegenbeweis wider die G.-V. wäre nämlich auch dann nicht zulässig, wenn die Beweisfrist noch nicht abgelaufen oder im Beweisinterlokut die Beweisfrist oder ihre peremtorische Fassung vergessen worden war. Denn auch in diesem Falle ist nach gemeinem Recht kein Beweisnachtrag, um wie viel weniger also ein Gegenbeweis (eine Antireprobation) gestattet, weil durch die Einschiebung anderer Beweismittel (als Hauptbeweis) die prinzipale Eidesdelation in eine eventuelle, die G.-V. des Delaten in gewöhnlichen Gegenbeweis sich verwandeln würde, was sich der Delat nicht gefallen zu lassen braucht.[14]) Der Schiedseid ist ja durch die Wahl der G.-V.

[13]) Wird der Gegenbeweis gegen die Rechtsvermuthung durch die gewöhnlichen Beweismittel geführt und gelingt er vollständig, so ist natürlich zu Gunsten des Reprobanten definitiv zu erkennen. Von einer Kollision der Beweise kann aber hier keine Rede sein, weil die Rechtsvermuthung verschwindet, sowie der Entkräftungsbeweis vollständig gelungen ist. Die Worte, die *praesumtio juris* gelte so lange, „*usque probetur contrarium*" sind nicht im prozessualen, sondern im materiellen Sinne zu verstehen. Vgl. mein Handbuch des R.C.P.R.S. 516, und meine ges. Abhdl. S. 429 fg.

[14]) Anders verhält sich das im neuen Prozess. Vgl. C.P.O. 418 Abs. 1.

ein gemeinschaftliches Beweismittel geworden, und hat folglich der Delat ein *jus quaesitum* darauf, dass der Prozess durch seinen Beweis und nicht durch seinen oder des Gegners Eid entschieden werde. Das Letztere würde aber geschehen, wenn andere Beweismittel als Beweisnachtrag eingeschoben werden dürften und der Kollisionsfall nach dem Subtraktionsprinzip entschieden wird. Die G.-V. würde dann zur Vernichtung des Beweisnachtrages verwendet. Der Delat müsste daher auf den Schiedseid rekurriren, oder doch das Suppletorium ableisten, wenn man den Kollisionsfall nach dem Bevorzugungsprinzip entscheidet und also den G.-V.-Beweis vorzieht (Note 11 oben). Vergl. über das Ganze meine ges. Abhandl. (S. 330—338 und S. 302—304.)

Wenn man freilich den Gegenbeweis wider die Rechtsvermuthung wie einen Einredebeweis (und also Hauptbeweis) behandelt und daher die Eidesdelation hierüber und den Gegenbeweis dagegen gestattet, wie das von der *communis opinio* (der ich indessen nicht beipflichte) und vom Einführungsgesetz § 16 No. 1 Abs. 2 geschieht, dann (meine ich) muss man auch die G.-V wie einen Einredebeweis und also Hauptbeweis behandeln, und folglich den Gegenbeweis des Deferenten dagegen erlauben. Ich will versuchen, diese Thesis zu begründen.

Ein prozessualisch wirksamer Gegenbeweis ohne einen, wenn auch nur zum Theil gelungenen oder für gelungen erachteten Hauptbeweis ist natürlich undenkbar. Der Hauptbeweis wurde aber hier bloss angetreten, nämlich durch die Eidesdelation. Siegreich durchgeführt ist er erst, wenn der Delat den Eid rekusirt, oder letzterer für rekusirt gilt, oder wenn der Delat den Eid referirt, und der Deferent (Relat) ihn ableistet. Wenn nun aber der Delat die G.-V. wählt, so nimmt er offenbar — wenig-

Die Justizkommission änderte im Interesse der Eidesersparung den § 399 des Entwurfs, der am gemeinen Recht festhielt, und wonach kein Theil vom Eid einseitig abgehen kann, wenn einmal die Erklärung des Delaten auf die Delation erfolgt ist. Wenn der Deferent nach erklärter Annahme oder Relation des Eides andere Beweismittel einschieben darf, § 418 Abs. 1, so darf er das ebenso, ja noch mehr dann thun, wenn sich der Delat für die G.-V. erklärt, also den Eid noch nicht akzeptirt oder referirt hatte. (Ja er kann sogar seine anderweitigen Beweismittel als Gegenbeweis wider die G.-V. gebrauchen, wie ich nachher zeigen werde. S. den Text oben.)

stens provisorisch — an, der Deferent habe bewiesen, wogegen dieser, da er beweisen will und beweisen muss, selbstverständlich keine Einwendung machen kann. Wie nun bei der Rechtsvermuthung das Gesetz annimmt, dass unter gewissen Voraussetzungen die Klage oder Einrede, für welche die Rechtsvermuthung spricht, als bewiesen und juristisch gewiss gelten solle, obwohl sie nicht bewiesen wurde, — ebenso nimmt bei der Eideszuschiebung der Delat an, wenn er die G.-V. versucht und also den Gegenbeweis antritt, dass der Deferent bewiesen habe, obwohl er seinen Beweis bloss angetreten hatte. Wenn nun der Entkräftigungsbeweis wider den durch die Rechtsvermuthung liquiden Klagegrund, obwohl er ein Gegenbeweis ist, wie ein Einredebeweis und also wie ein Hauptbeweis behandelt wird, und folglich durch Eidesdelation geführt und durch Antireprobation paralysirt werden kann (wie das die *communis opinio* und das Einführungsgesetz zur C. P. O. § 16 No. 1 annimmt), — so muss auch die G.-V., obgleich sie ihrem Wesen nach ein wahrer Gegenbeweis ist, doch wie ein Hauptbeweis behandelt und also der Gegenbeweis dagegen zugelassen werden. Denn auch bei der Wahl der G.-V. wird der Klagegrund vom Delaten als bewiesen angenommen, welche Annahme gewiss ebenso wirksam ist, wie die Rechtsvermuthung.[15]) Zwar ist die Eidesdelation über die G.-V. insofern unstatthaft, als sie ja mit der Relation des deferirten Eides zusammenfiele.[16]) Dagegen muss es dem Deferenten gestattet werden, wider die G.-V. den Gegenbeweis zu unternehmen. Er darf daher seine anderweitigen Beweismittel nicht bloss als Beweisnachtrag benützen, sie also einschieben,

---

[15]) Gleichwohl besteht ein Unterschied zwischen der Rechtsvermuthung und der Annahme des Gewissensvertreters, der Deferent habe bewiesen. Denn die Wirkung der Rechtsvermuthung dauert fort, wenn der Gegenbeweis misslingt, oder durch Antireprobation vernichtet wird. Der vom Gewissensvertreter fingirte Beweis des Deferenten verschwindet aber, wenn die G.-V. misslingt, oder durch Gegenbeweis entkräftet wird.

[16]) Eine Ausnahme tritt ein, wenn die G.-V. auf künstliche Weise geführt wurde (z. B. durch den Alibibeweis). Hier ist die Eidesdelation nicht ausgeschlossen. (Vgl. Linde in der Giessener Zeitschrift Bd. 11, S. 138. Schmid Handbuch S. 167. Busch im Archiv f. C. Pr. Bd. 42 S. 4 fg. Renaud Lehrbuch S. 136 Abs. 4. A. M. sind Muthor a. a. O. S. 204 fg. und Wetzell System S. 262 Note 42.)

und folglich den prinzipaliter deferirten Eid in einen eventuell zugeschobenen verwandeln (C. P. O. § 418 Abs. 1), sondern es muss ihm sogar gestattet werden, jene Beweismittel als Gegenbeweis zu gebrauchen,[17]) — Alles unter der Voraussetzung, dass man den Gegenbeweis wider die Rechtsvermuthung (mit Wetzell und dem Einführungsgesetz zur C. P. O.) wie einen Einredebeweis behandelt (was ich jedoch nach gemeinem Recht nicht billige).[18])

Ich fasse daher das Gesagte in nachstehenden Sätzen zusammen:

1. Im neuen Prozess ist der Gegenbeweis wider die G.-V. meines Erachtens zulässig.

2. Im alten Prozess ist aber dieser Gegenbeweis unzulässig, Wenn man jedoch den Gegenbeweis wider die Rechtsvermuthung (mit Wetzell) wie einen Hauptbeweis behandelt, so muss man auch (meine ich) die G.-V. so behandeln, daher dem Deferenten auch nach gemeinem Recht den Gegenbeweis wider sie gestatten, und folglich auch die Einschiebung eines Hauptbeweises erlauben.

Es entsteht nun aber die naheliegende Frage, ob ein praktischer Unterschied in den Wirkungen besteht zwischen dem eingeschobenen Hauptbeweis des Deferenten, und dem Gegenbeweis wider die G.-V., wenn beide vollständig gelangen. Man unterscheide:

a) Entscheidet man den Kollisionsfall mit der *communis opinio* nach der Subtraktionsmaxime,[19]) so muss dem Delaten

[17]) Nicht entgegen steht der § 418 Abs. 1 C. P. O. Denn es heisst hier nicht, dass der Delat und Deferent durch die Zuschiebung, Annahme oder Relation des Eides nicht gehindert werde, andere Beweismittel einzuschieben, sondern es heisst ganz allgemein, dass sie hiedurch nicht gehindert werden, sie „geltend zu machen". Wenn also der Delat die G.-V. versucht, so bleibt es dem Deferenten unbenommen, andere Beweismittel zu benutzen, sei es durch Einschiebung, oder im Wege der Reprobation.

[18]) Ich billige es daher nach gemeinem Rechte ebensowenig, dass der Deferent, von dem der Gewissensvertreter annimmt, dass er bewiesen habe, gegen die G.-V. einen Gegenbeweis versucht, also dasjenige, was als bewiesen gilt, im Wege der Antireprobation nochmals beweise, sonach die Rolle des Produzenten und Reproduzenten vereinige.

[19]) Am besten — und zwar rationell — lässt sich das Subtraktionsprinzip in folgender Weise begründen. Da der Richter beiden Theilen nicht Glauben schenken

resp. Relaten der Schiedseid aufgelegt werden, der Deferent mag seinen Beweis als Hauptbeweis eingeschoben, oder als Gegenbeweis wider die G.-V. gebraucht haben (S. Note 15). Es besteht also dann kein Unterschied in der Wirkung zwischen beiden Fällen.

b) Entscheidet man aber den Kollisionsfall nach der Bevorzugsmaxime, was ich für das Richtige halte und daher vorgeschlagen habe (vgl. meine ges. Abhdl. S. 394—396),[20]) so muss

kann, und Einem von ihnen nicht Glauben schenken darf, ohne den Anderen zu beeinträchtigen, der ja eben so stark bewiesen (Grundsatz der Parteiengleichheit), so bleibt nichts anderes übrig, als Keinem von beiden zu glauben, also die beiden Beweisresultate von einander zu subtrahiren, und folglich nach der Regel: „*actore non probante reus absolvitur*" zu Gunsten des Reprobanten definitiv zu erkennen. Vgl. meine ges. Abhandl. S. 391—394. Auf der anderen Seite steht aber freilich die durch positive Bestimmungen sanktionirte Rechtsregel: „*In dubio pro reo*", welche zum Bevorzugungsprinzipe führt (Siehe den Text oben lit. b und die Note 11 und 20).

[20]) Alle Beweisstellen des römischen und kanonischen Rechts, welche vom Kollisionsfall bei Zeugen handeln, weisen meines Erachtens ganz unzweideutig auf jenes Prinzip hin, welches ich das Bevorzugungsprinzip genannt habe. (Vgl. *l.* 21 § 3 *D. de test. c.* 33 *X. eodem. c.* 3 *X. de probat.*). Besonders spricht hierfür die letztere Stelle. Sie lautet: „*Quodsi ambarum partium testes sunt aeque idonei, possessoris testes praeferuntur, cum proniora jura sunt ad absolvendum, quam ad condemnandum*".

Der Pabst sagt also nicht von den kollidirenden Zeugen: „*fidem sibi derogant*", oder „*nihil firmitatis habere possunt*" (wie in dem singularen Fall der von einer und derselben Partei produzirten und sich widersprechenden Urkunden in der *c.* 14 *Cod. de fide instrumentor*). Er sagt auch nicht: „*reus absolvitur*", oder „*partes rei praeferuntur*", — sondern er bedient sich des Ausdrucks: „*praeferuntur testes rei*", und führt als *ratio legis* den Satz an: „*in dubio pro reo*". Hierdurch giebt er aber ganz unzweideutig zu erkennen, dass die beiden gleich vollständig ausgefallenen Beweisresultate nicht subtrahirt, sondern die beklagtischen Zeugen vorgezogen, also ihren Aussagen Glauben geschenkt werden soll. Vgl. meine ges. Abhandl. S. 409 bis 417.

Allerdings ist das Resultat im vorwürfigen Fall, wenn beide Beweise gleich stark und vollständig ausfallen, dasselbe, ob man nach der Bevorzugungsmaxime, oder nach dem Subtraktionsprinzipe entscheidet, denn immer muss der Reprobant, wenn er der Beklagte ist, absolvirt werden. Aber bei eventueller, oder nachträglicher Eidesdelation zeigt sich nach meinem Dafürhalten ein praktischer Unterschied. Nach dem Subtraktionsprinzipe muss auf den Schiedseid rekurrirt und also der Beklagte verurtheilt werden, wenn er die Erklärung hierauf versäumt hatte. Nach dem Bevorzugungsprinzipe muss er aber absolvirt, oder ihm wenigstens der richterliche Eid gegeben werden, weil hier der Richter eine

der Delat, wenn er der Beklagte ist, absolvirt werden, oder wenigstens den Notheid (das *Suppletorium*) bekommen, wenn der Deferent seinen nachgebrachten Beweis als Hauptbeweis einführte. Dagegen muss der Delat und Beklagte verurtheilt werden, korrekter: dem Deferenten der Notheid (das *Suppletorium*) gegeben werden, wenn er seinen Beweis als Gegenbeweis wider die G.-V. einführte.

Nun hat freilich der Richter — wenigstens im neuen Prozess — völlig freie Hand, wie er den Kollisionsfall entscheiden will. Vgl. C. P. O. *arg.* § 259. Er kann absolviren, kondemniren, oder einen richterlichen Eid (sei es dem Probanten, oder Reprobanten) auflegen. Wenn aber Haupt- und Gegenbeweis beide gleichstark und vollständig ausfielen (wie in dem hier angeführten Fall), und der Richter (was nicht selten vorkommen dürfte) im Zweifel ist, ob und wie weit er den Probatorial- oder den Reprobatorialzeugen Glauben schenken soll, und wie er also zu entscheiden habe, — so wird er entweder erklären, er habe weder von der Wahrheit, noch von der Unwahrheit der Klage eine Ueberzeugung, er erkenne daher auf den Schiedseid (nach der auf die wiederholte Eidesdelation abgegebenen Erklärung); oder er wird (was ich für das Richtige halte) den stärkeren Beweis vorziehen, und also bei gleichstarkem Beweis und Gegenbeweis nach der schon im römischen und kanonischen Recht ausgesprochenen und auch aus der Natur der Sache fliessenden Regel: „*In dubio pro reo*" zu Gunsten des Reprobanten, resp. Antireprobanten entweder definitiv, oder auf den Notheid desselben erkennen. Im ersten Falle entscheidet er den Kollisionsfall nach dem Subtraktionsprinzipe, im zweiten Falle nach der Bevorzugungsmaxime (Vgl. über die Kollision der Beweise meine ges. Abhandl. S. 385 fg. und meinen Artikel in v. Holtzendorfs Rechtslexikon Bd. 2, S. 289 fg).

II.

A. Im gemeinen Prozessrecht ist endlich auch die Frage bestritten, ob bei unvollständig gelungener (formeller oder mate-

Ueberzeugung von seiner Unschuld hat, der Gegenbeweis folglich als materielle G.-V. erscheint. Vgl. meine ges. Abhandl. S. 396—408. (Ueber die Kollision der übrigen Beweismittel vgl. ebendaselbst S. 418 fg.)

rieller) G.-V. auf einen richterlichen Eid, oder auf den Schiedseid nach der hierüber abgegebenen Erklärung zu erkennen sei.

Meines Erachtens ist in diesem Falle, je nach dem Ergebnisse des G.-V.-Beweises, das *Suppletorium*, oder *Purgatorium*, also der richterliche Eid aufzulegen. Ebenso entscheiden (jedoch ohne Motivirung) Bayer S. 902, und Nissen „die G.-V. nach gemein. Recht." S. 209 [21]).

Auf den deferirten Eid erkennen dagegen:

> Muther in seiner Monographie: „Die G.-V. im gemeinen deutschen Recht". Erlangen 1860, S. 253 bis 261. Busch im Archiv f. c. Pr. Bd. 42, S. 6—22. Ferner Preusser im Archiv für prakt. Rechtswissenschaft Bd. 10, S. 145 fg. Renaud im Lehrbuch § 136, Abs. 4, S. 359. 2. Aufl. S. 396. Endlich Wetzell im System S. 179. Note 3. u. S. 263 a. E. 3. Aufl. S. 287, —

und zwar desshalb, weil die G.-V. ein Gegenbeweis ist, der Gegenbeweis aber keinen Notheid zulässt.

Wetzell lehrt in der zweiten und dritten Auflage:

> „Als misslungen ist schon der theilweise gelungene G.-V.-Beweis anzusehen. Denn weil dieser doch immer gegen den Probanten spricht, so kann er zur Auferlegung eines nothwendigen Eides nicht führen, welcher überall einen für den Probanten sprechenden Beweis voraussetzt, und vorliegend den Delaten nachtheiliger stellen würde, als wenn er gar nichts bewiesen hätte, indem sie ihm die Wahl zwischen Annahme und Relation entzöge."

---

[21]) Auch dann muss ein richterlicher Eid aufgelegt werden, wenn der Gegenbeweis wider den durch eine Rechtsvermuthung liquiden Klagegrund unvollständig ausgefallen war, denn dieser Gegenbeweis wird nach der *communis opinio* und nach der P. O. ganz wie ein Hauptbeweis behandelt: er ist absolut nothwendig; es wurde nach gemeinem Recht darauf interloquirt; er kann durch Eidesdelation geführt werden, Einf.-Ges. § 16 No. 1; es findet folglich eine Antireprobation dagegen statt, und muss daher ein Notheid aufgelegt werden, wenn er unvollständig ausfiel. Dies ergiebt sich denn auch aus § 437. Im obigen Falle ist nämlich der Richter unvollständig überzeugt von der Wahrheit der zu erweisenden Thatsache. Zu beweisen ist nämlich die Unwahrheit der Klage oder Einrede, wenn für ihre Wahrheit eine wirksame Rechtsvermuthung spricht, also die Wahrheit der Negation der Vaterschaft, der Nichtheimzahlung des Darlehens u. s. w.

In gleicher Weise erklärt sich Preusser a. a. O. S. 145 bis 148. Muther argumentirt endlich (S. 259/60) nach dem Vorgang von Busch in folgender Weise gegen das *Purgatorium:*

„Der Gewissensvertreter bleibt immer angegriffener, der Deferent angreifender Theil. Widersinnig wäre es aber, den angreifenden Theil „sich reinigen", d. h. vertheidigen zu lassen. In der That würde das *Purgatorium* den gegnerischen Beweis nicht bloss vernichten, sondern auch ein positives Resultat involviren, nämlich den Beweissatz des Deferenten bewahrheiten. Dieser Eid (sagt Busch a. a. O. S. 19) wäre daher kein Reinigungseid, sondern seinem wahren Wesen und seiner Wirkung nach ein Erfüllungseid, der aber dem Kläger, weil dieser nicht nur nichts bewiesen, sondern sogar einigermassen gegen ihn bewiesen ist, nicht zuerkannt werden darf."

Im neuen Prozess sprechen sich Struckmann-Koch über die Streitfrage aus, und entscheiden sie im Sinne Wetzells und mit Bezug auf ihn. Denn sie lehren § 418 No. 4, 3. Aufl. (S. 477):

„Die endgiltige Zuschiebung kann unter dem Vorbehalt geschehen, dass die anderen Beweismittel nicht einmal soviel für den Deferenten bewiesen haben, um diesen zum richterlichen Eid zu verstatten (Wetzell S. 286). Ist Letzteres der Fall, so ist die Bedingung deficient. Anders, wenn nur für das Gegentheil des Beweissatzes einiger Beweis geführt ist. Wetzell S. 287."

Auch Bülow stimmt Struckmann-Koch bei, denn er sagt in Aufl. 2 seines Kommentars S. 323 No. 4:

„Der mit anderen Beweismitteln cumulirte Eid gilt nur für den Fall als zugeschoben, dass die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt. Mit Recht knüpft hieran Struckmann die Bemerkung, auf den zugeschobenen Eid komme es erst an, wenn die anderen Beweismittel kein für den Beweisführer günstiges Resultat geliefert haben."

Endlich scheint auch L. Seuffert dieser Ansicht zu sein, denn er lehrt 2. Aufl.. S, 547, No. 5, (1883), (1. Aufl. S. 512 No. 3), 3. Aufl. S. 516:

„Dem richterlichen Eid gegenüber tritt die Eidesdelation zurück. Da jedoch die Auferlegung eines richterlichen Eides durch das Gesetz niemals geboten (?), sondern stets in das richterliche Ermessen gestellt ist, folglich keine Partei ein Recht auf Zulassung zum richterlichen Eid hat, so hat das Gericht in den Fällen, in welchen der Eid deferirt ist, auch die Möglichkeit, sofort zum Haupteid zu greifen. Es kann und wird demnach bei unvollständig gelungener G.-V. anstatt des *Purgatorii* des Deferenten dem Delaten den von ihm akzeptirten Schiedseid auflegen.“

Meines Erachtens ist aber nach gemeinem Recht und ebenso nach der C.P.O. auf einen richterlichen Eid zu erkennen, wenn die formelle oder materielle G.-V. unvollständig ausgefallen war. (Ebenso Kuhn bei Gruchot Bd. 26, S. 46, siehe unten Note 25.)

Meine Gründe hiefür sind folgende:

a) Allerdings ist der nothwendige Eid über den gewöhnlichen Gegenbeweis nach gemeinem Recht und zwar nach der Natur der Sache unstatthaft, weil hiedurch der allgemeine Prozessgrundsatz „*actore non probante reus absolvitur*“ verletzt würde. Der Beklagte wird losgesprochen von der Klage, nicht weil er den Richter von seiner Unschuld überzeugt hatte, wenn dies auch der Fall sein sollte, — sondern weil Kläger den Schuldbeweis nicht herstellen konnte (wir mögen, wenn ein Kollisionsfall vorliegt, nach der Subtraktions- oder nach der Bevorzugungsmaxime entscheiden). Die Auflage des Notheids über, oder gegen den unvollständigen Unschuldsbeweis (Gegenbeweis) wäre daher ein überflüssiger und folglich ein ungerechtfertigter Eid. Bezüglich des gewöhnlichen Gegenbeweises sind also Wetzell und Konsorten freilich im Recht.

Anders verhält es sich dagegen bei der G.-V., die zwar auch ein Gegenbeweis ist, vom gewöhnlichen Gegenbeweis sich jedoch dadurch unterscheidet, dass der Beklagte, wenn sie vollständig gelang, auf Grund der G.-V., also auf Grund seines Gegenbeweises absolvirt wird. Auf Grund des misslungenen, oder für misslungen zu haltenden Schuldbeweises könnte der Beklagte und Delat nicht absolvirt werden, sondern es müsste zuerst auf den eventuell deferirten Schiedseid rekurrirt werden. Da dies aber wegen der gelungenen G.-V. nicht geschehen kann,

so ist der Beklagte desshalb zu absolviren, weil der Richter von seiner Unschuld überzeugt ist. Hieraus folgt aber, dass über die G.-V., wenn sie unvollständig ausfiel, ein Notheid aufzulegen, dass sie also durch die Ableistung des *Suppletoriums*, resp. durch die Verweigerung des *Purgatoriums* ergänzt werden muss, um als Vormauer gegen den deferirten Eid wirksam zu sein, d. h. die Absolution des Beklagten ohne den Schiedseid herbeiführen zu können.

b) Noch einfacher lässt sich die Auflage des richterlichen Eides in folgender Weise motiviren. Die gelungene G.-V. ist bekanntlich, wie der abgeleistete Eid des Delaten, der misslungene Hauptbeweis. Der beweispflichtige Deferent beweist mittelst des deferirten Eides, wenn der Delat denselben rekusirt, oder wenn ihm die G.-V. misslingt und er auf den Eid nicht eingehen will, oder ohne Erfolg darauf rekurrirt hat. Dem Deferenten misslingt dagegen sein Beweis, wenn der Delat den Eid annimmt und ableistet, oder wenn ihm die G.-V. gelingt. Hieraus folgt aber mit unabweisbarer Konsequenz, dass der Beweis des Deferenten, wenn die G.-V. unvollständig ausfiel, selbst ein unvollständiger sein, oder doch wie ein unvollständiger behandelt werden muss, und also ein Notheid aufzulegen ist.

c) Ein weiteres Argument hierfür ist folgendes. Wenn der Gegenbeweis wider den durch eine Rechtsvermuthung liquiden Klagegrund die Natur eines Einredebeweises hat, und folglich wie ein Hauptbeweis zu behandeln ist, wie dies von angesehenen Rechtslehrern (Wetzell und Renaud) angenommen wird, und im neuen Prozesse gesetzlich sanktionirt wurde (s. oben I Nr. 2), so muss auch die G.-V. (wie ich a. a. O. gezeigt zu haben glaube) wie ein Hauptbeweis behandelt werden, obgleich sie ihrem Wesen nach ein Gegenbeweis ist. Es muss daher über den Gegenbeweis wider die Rechtsvermuthung, und ebenso über die G.-V., wenn die erstere, oder die letztere unvollständig ausgefallen war, ein richterlicher Eid aufgelegt, und darf nicht auf den Schiedseid rekurrirt werden. (S. Note 21.)

d) In anderer Weise ist unsere Thesis zu motiviren, wenn wir anknüpfend an das früher Gesagte von der Wolfsohnschen Auffassung ausgehen — (vgl. Archiv f. c. Pr. B. 25,

S. 263 fg.). Hier verschwindet das Anstössige des Notheids über den Gegenbeweis (über die unvollständige G.-V.), insbesondere das Anstössige des *Purgatoriums* des Deferenten wider jenen Gegenbeweis — vollständig. [22]) In der Wahl der G.-V. liegt nämlich eine vorläufige, bisweilen auch eine definitive Rekusation des Eides, wenn der Delat zugleich erklärt, denselben keinesfalls ableisten oder referiren zu wollen. Der Deferent hat also dann vollständig bewiesen. Und gegen diesen Beweis führt der Delat mittelst der G.-V. den Gegenbeweis. Gelingt nun dem Delaten dieser Gegenbeweis unvollständig, so bleibt nach Subtraktion der beiden Beweisresultate auf Seite des Deferenten ein Rest, nach dessen Grösse (nach gemeinem Prozessrecht) entweder dem Deferenten, oder dem Delaten der richterliche Eid aufzulegen ist. Gelingt nämlich die G.-V. weniger als halb, so restirt auf Seite des Deferenten eine mehr als halbe Probe, und kommt er zum *Suppletorium*. Gelingt aber die G.-V. über die Hälfte, so bleibt auf Seite des Deferenten eine weniger als halbe Probe, und bekommt der Delat das *Purgatorium*. Der richterliche Eid wird demnach nicht über, oder gegen die G.-V. (d. h. wider den Gegenbeweis) aufgelegt (was Busch, Muther und Wetzell für so anstössig und daher für unzulässig erklären), sondern er wird über, oder gegen den Hauptbeweis abgeleistet. Aber auch dann verliert der richterliche Eid alles Bedenkliche, wenn man den Kollisionsfall nicht mit der *communis opinio* nach dem Subtraktionsprinzip, sondern (was ich vorgeschlagen und vertreten habe) nach der Bevorzugungsmaxime entscheidet. Wenn man freilich den Hauptbeweis als den vollständig gelungenen der unvollständigen G.-V. vorzieht, so muss ohne Unterschied, ob die G.-V. mehr als halb, oder weniger als halb ausgefallen war, stets zu Gunsten des Deferenten, wenn nicht definitiv, so doch auf seinen Notheid erkannt werden, der dann ebensogut als *Suppletorium* über den Hauptbeweis, wie als *Purgatorium* wider den Gegenbeweis aufgefasst werden kann.[23])

---

[22]) Gleichwohl nennt Muther die Auffassung Wolfsohns eine scheussliche, was sie gewiss nicht ist, obwohl man ihr, wie aus dem Folgenden hervorgeht, nicht beistimmen kann.

[23]) Besonders anstössig ist daher Wolfsohns Anschauung, wenn man den Kollisionsfall nach der Bevorzugungsmaxime entscheidet. Aber auch

Und ebenso verhält es sich beim Gegenbeweis wider die Rechtsvermuthung. Gelang dieser unvollständig, so bekäme der Inhaber der Rechtsvermuthung stets den Notheid, wenn wir die Wolfsohn'sche Auffassung analog anwenden. Allein hierin liegt eine grosse Härte gegen den Reprobanten, wenn seine G.-V. oder sein Gegenbeweis wider die Rechtsvermuthung mehr als halb ausgefallen war, weil er Beweis geliefert, der Gegner aber nicht bewiesen hatte, sondern bloss einen vom Gesetz, oder vom Gewissensvertreter fingirten Beweis für sich hat. Gegen die Wolfsohn'sche Auffassung spricht daher auch der nicht zu übersehende Umstand, dass bei der G.-V., wie beim Gegenbeweis wider die Rechtsvermuthung, gar kein Kollisionsfall vorliegt. [24]) Der vom Delaten resp. vom Gesetz, für gelungen angenommene Beweis des Deferenten, resp. Vermuthungsinhabers ist kein wirklicher Beweis, sondern Rechtsvermuthung und G.-V. befreien den Beweispflichtigen von der Beweislast. Wird nun vom Gegner des Rechtsvermuthers, resp. vom Delaten ein wirklicher Beweis (Gegenbeweis) geführt, so haben wir keinen Kollisionsfall, und kann daher weder der Hauptbeweis vorgezogen, noch der Gegenbeweis vom Hauptbeweis subtrahirt werden. Es liegt ja im prozessualen Sinne überhaupt kein Hauptbeweis vor, und selbst im materiellen Sinne ist kein solcher mehr vorhanden, wenn der Gegenbeweis vollständig gelungen ist. Ist aber letzterer unvollständig ausgefallen, so verschwindet die Rechtsvermuthung, resp. der fingirte Beweis des

---

dann ist sie es, wenn man ihn nach dem Subtraktionsprinzipe erledigt (wo die oben besprochene Schattenseite [die Härte gegen den Reprobanten] hinwegfällt), weil eben gar kein Kollisionsfall vorliegt (S. den Text oben).

[24]) Allerdings schliesse ich mich hiermit einigermassen der Ansicht Gönners und Linde's an (s. oben No. 3 b. a. A.), wonach die G.-V. auf der Idee eines Rollentausches im Beweisverfahren beruht, kraft dessen man annehmen muss, dass der Delat auf seine Freiheit von der Beweislast Verzicht leiste, und dass sich also nicht der Deferent, sondern der Delat formell und materiell als Beweisführer gerirt. (Giessener Zeitschr. Bd. 3 S. 1 fg.) Der Unterschied zwischen dieser Anschauung und der meinigen besteht aber darin, dass Gönner und Linde die G.-V. einen Hauptbeweis nennen, während ich dieselbe im alten Prozess als Gegenbeweis auffasse und behandele und daher die Antireprobation für unzulässig halte, im neuen Prozess aber wie einen Hauptbeweis behandle und daher die Antireprobation gestatte, obwohl die G.-V. auch hier ein wahrer Gegenbeweis ist.

Deferenten erst dann, wenn jener Gegenbeweis durch die Ableistung des *Suppletoriums*, oder durch die Verweigerung des *Purgatoriums* ergänzt wird. Es ist daher bei der Rechtsvermuthung, wie bei der G.-V. solchen Falls, auf einen Notheid zu erkennen, sei es aufs *Purgatorium* des *A.*, oder aufs *Suppletorium* des *B.*

e) Was endlich den Grund anbelangt, welchen Busch, Muther und Wetzell gegen das *Purgatorium* geltend machen: „es würde der Gewissensvertreter, der doch einigen Beweis erbracht hat, durch das Erkenntniss auf den Reinigungseid des Gegners viel ungünstiger gestellt, als wenn sein Beweis ganz resultatlos geblieben wäre", so hat bereits Bayer in Aufl. 7 darauf hingewiesen, und ebenso in Aufl. 8 und 9 (S. 902) mit den Worten: „Wenn jedoch der Delat auf seinen weniger als halben Beweis verzichtet, — was ihm wohl nicht mit Grund versagt werden kann (?), — so steht es ihm frei, zum deferirten Eid zurückzukehren und denselben zu akzeptiren. Denn ausserdem würde er sich in einer nachtheiligeren Lage befinden, als wenn er gar nichts bewiesen hätte."

Bayer behauptet also, der Delat brauche auf das Ergebniss seiner G.-V. bloss zu verzichten, um zum Schiedseid zu gelangen. Vgl. auch Osterloh Lehrb. S. 297. Dagegen sprechen aber folgende Gründe:

α) Die Natur des Verzichts bringt es mit sich, dass derselbe nur bei solchen Ergebnissen stattfindet, welche dem Verzichtenden zum Vortheil, nicht aber bei solchen, die ihm zum Nachtheil gereichen. Die weniger als halb ausgefallene Gewissensprobe ist eben ein Beweisresultat, welches dem Reprobanten zum Nachtheil gereicht, weil es die Auflage des Notheides an den Gegner zur Folge hat. Sie kann also auch nicht Gegenstand eines Verzichts sein. Dazu kommt:

β) Dass die Beweismittel mit dem Schluss des Beweisverfahrens gemeinschaftlich werden. Es hat also dann auch der Produkt ein Recht nicht bloss auf den Inhalt jener Beweismittel, sondern auch darauf, dass nach dem Ergebniss des gelieferten Beweises auf den entsprechenden Notheid, also in unserem Fall auf das Purgatorium des Deferenten erkannt werde. Würde nun der Delat seine Gewissensprobe zurückziehen, um

zum Schiedseid zu gelangen, so würde er dem Gegner den Reinigungseid entreissen, worauf dieser ein wohlerworbenes Recht hat.

γ) Aber auch der Richter dürfte auf eine solche Zurückziehung niemals eingehen. Mit Recht sagt Muther a. a. O. S. 297:

> „Es wäre Thorheit, zu behaupten, irgend ein Beweisführer könne auf die bei dem Richter durch Produktion der Beweismittel hervorgebrachte, wenn auch unvollständige Ueberzeugung verzichten. Hat der Richter eine solche gewonnen, so ist sie eben da, sie kann einer besseren Ueberzeugung weichen, nie und nimmermehr aber einfach entfernt werden, als ob sie nie existirt hätte."

Muther erklärt sich also selbst gegen einen solchen Verzicht, d. h. gegen die parteiliche Streichung eines gleichviel von wem und für wen gelieferten und daher in den Akten befindlichen Beweises. Es bleibt mir daher unerklärlich, wie derselbe Muther unter Berufung auf Wetzell den Richter anweisen kann, den weniger als halben Beweis des Delaten unberücksichtigt zu lassen, um ihm die Ableistung des akzeptirten Schiedseides zu ermöglichen. Endlich:

δ) Darf nicht übersehen werden, dass bei der materiellen G.-V. der Schiedseid nur eventuell, d. h. nur für den Fall deferirt wurde, dass gar nichts erwiesen werden sollte, welcher Fall aber hier gar nicht eingetreten ist, da ein unvollständiger, unverbrauchter Gegenbeweis vorliegt. —

Aus den angeführten Gründen ist nach gemeinem Recht auf einen richterlichen Eid zu erkennen, wenn die G. V. unvollständig ausgefallen war.

B. Ebenso, ja noch entschiedener ist im neuen Prozesse auf einen Notheid zu erkennen, und zwar nach freiem Ermessen des Richters entweder auf den Eid des Deferenten, oder des Delaten, wenn der Gegenbeweis des letzteren (die formelle, oder materielle G.-V.) unvollständig gelang. Alle bisher gegen Busch, Muther und Wetzell vorgebrachten Gründe schlagen auch hier an. Es kommen aber zu diesen rationellen noch 2 gewichtige positive Argumente, nämlich der § 418 Abs. 2, und

der § 437 der C. P. O.[25]) Es hat mich daher befremdet, in Struckmann-Koch's so trefflichem Kommentar die Ansicht Wetzells vertreten zu sehen, der sich freilich auch L. Seuffert und v. Bülow angeschlossen haben. (S. oben S. 326 u. 327). Gegen dieselbe spricht einmal der § 418 Abs. 2. Es heisst dort:

„Werden andere Beweismittel geltend gemacht (sei es vom Deferenten oder Delaten), so gilt der Eid nur für den Fall als zugeschoben, dass die Antretung des Beweises durch die anderen Beweismittel erfolglos bleibt."

Also nur dann kommt es zum Schiedseid, wenn der Hauptbeweis, oder der Gegenbeweis (die G.-V.) total misslungen, nicht auch dann, wenn der Hauptbeweis, oder bei misslungenem

[25]) Auch Rechtsanwalt Kuhn (bei Gruchot Band 26 Seite 47) vertritt diese Ansicht (Auf diese Abhandlung, „Bemerkungen zu § 437 der R.C.P.O." bin ich erst nach Vollendung meiner Abhandlung aufmerksam gemacht worden). Kuhn beruft sich hierfür gleichfalls auf § 418 Absatz 2 und § 437. Er argumentirt: „Nach § 418 Abs. 2 ist die vom Delaten zu beweisen unternommene Thatsache unzweifelhaft als die zu beweisende Thatsache zu betrachten. Die Behauptung des Deferenten mit dem Beweismittel der Eidesdelation tritt solange völlig zurück, bis der vom Delaten angetretene Beweis sich als erfolglos erwiesen hat, d. h. völlig misslungen ist. Denn wenn er nur in Etwas gelang, so ist er nicht erfolglos. Er hat immerhin einigen Erfolg gehabt, und es kann auf Grund davon nach § 437 durch einen Notheid der völlig gewollte Erfolg hergestellt, freilich auch das Gegentheil bewirkt werden. — Solange bis die Erfolglosigkeit des vom Delaten angetretenen Beweises konstatirt ist, handelt es sich mithin lediglich um die Frage, ob das vom Delaten bewiesene Gegentheil bewiesen sei, und ist daher dieses in diesem Stadium des Prozesses — in Folge der prozessualen Lage der Sache als die beweisende Thatsache anzusehen." Es ist diese Argumentation die Ausführung des letzten nach gemeinem Recht von mir sub d angeführten Grundes verstärkt durch die positive Unterlage der §§ 418 und 437 der P.O. Auf S. 48/49 fährt Kuhn fort und sagt: „Im schneidendsten Widerspruch mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung würde es stehen, wenn eine Partei, nachdem sie eine Beweisführung unternommen hatte, durch die Erklärung, sie verzichte auf das Resultat derselben, den Richter sollte zwingen dürfen, die Beweisführung als ungeschehen, ihr Resultat als nicht vorhanden zu betrachten. Dies wieder aus der Welt zu schaffen, ist einfach unmöglich. Der Richter muss es berücksichtigen, und wenn er findet, dass die zu erweisende Thatsache nicht gänzlich ohne Beweis geblieben, so wird er nach § 437 einen Notheid auflegen."

Diese Argumentation harmonirt mit der von mir gegen Muther und Wetzell nach gemeinem Recht sub γ) vorgetragenen Ausführung.

Hauptbeweis der Gegenbeweis unvollständig ausgefallen war. *(„Lege non distinguente nec nostrum est distinguere.")* Gleichwohl unterscheiden Struckmann-Koch (zu § 418 Abs. 4) zwischen beiden Fällen, wozu aber das Gesetz meines Dafürhaltens keinen Anhaltspunkt enthält. Aus der subsidiären Natur des zugeschobenen Eides folgt, dass es dazu bloss dann kommen kann, wenn die Antretung des Beweises oder Gegenbeweises durch die anderen Beweismittel gänzlich erfolglos blieb und die Eidesdelation in der letzten mündlichen Verhandlung wiederholt wurde (§ 419). Vor dem richterlichen Eid tritt der deferirte Eid zurück.[26])

Gegen Struckmanns Ansicht spricht sodann der § 437 der C. P. O. Es heisst dort:

> „Ist das Ergebniss der Verhandlungen und einer etwaigen Beweisaufnahme nicht ausreichend, um die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache zu begründen, so kann das Gericht der einen oder anderen Partei über eine streitige Thatsache einen Eid auferlegen."

Nehmen wir nun an, der historische Klagegrund, oder ein Theil desselben, z. B. bei der *Condicto indebiti* die Auszahlung der betreffenden Summe, sei bestritten, und Kläger habe hierüber dem Gegner den Eid deferirt. Der Beklagte habe die G.-V. versucht, und unvollständigen Beweis geliefert. Hier hat der Richter nach § 437 den Deferenten oder Delaten den nothwendigen Eid aufzulegen. Denn das Gesetz sagt, der Richter könne der einen oder anderen Partei den Notheid auflegen, wenn das Ergebniss der Beweisaufnahme nicht ausreicht, um die Ueberzeugung des Gerichts von der Wahrheit oder Unwahrheit der zu erweisenden Thatsachen zu begründen.

---

[26]) Ungenügend und zweideutig drückt sich L. Seuffert aus. Denn er sagt Anm. 4 zu § 418 (2. Aufl. S. 546): „Aus der subsidiären Natur des zugeschobenen Eides folgt, dass das Gericht nicht zur Auflage eines zu- oder zurückgeschobenen Eides schreiten kann, solange andere Beweismittel bezüglich derselben Thatsache geltend gemacht und noch nicht erledigt sind." Seuffert hätte meiner Ansicht nach sagen sollen: „wenn andere Beweismittel, wenn auch nur mit theilweisen Erfolg geltend gemacht wurden." Er sagte aber das Gegentheil in der 2. Aufl. [nicht mehr in der 3.] S. 547 No. 5 (S. die N. 29.).

Der letztere Fall liegt hier vor. Der Richter ist unvollständig überzeugt von der Unwahrheit der zu erweisenden Thatsache, der Delat hatte unvollständig dargethan, dass er das Geld nicht bekommen habe.

Wäre der Eid nicht deferirt worden, und hätte der Kläger die Hingabe des Geldes nicht beweisen können, der Beklagte würde aber die Unwahrheit dieses Faktums unvollständig erwiesen haben, so müsste zwar nach strenger Gesetzesauslegung gleichfalls auf einen richterlichen Eid erkannt werden, da der § 437 den Fall der Eidesdelation nicht im Sinne hat. Allein es würde hiedurch der aus der Natur der Sache folgende Satz *„actore non probante reus absolvitur“* gröblich verletzt.[27]) Bei eventueller oder nachträglicher Eidesdelation erscheint aber der unverbrauchte Gegenbeweis als materielle G.-V., und ist die Auflage eines richterlichen Eides ebensowenig anstössig, wie bei prinzipaler Eidesdelation und formeller G.-V.[28])

Nun heisst es freilich im § 437, der Richter könne der einen oder anderen Partei einen Notheid auflegen, und nicht, er habe dies zu thun, oder müsse es thun (worin bekanntlich die Kommentatoren und die Praktiker die Lösung aller Schwierigkeiten erblicken). Es scheint also, dass der Richter nicht bloss den unverbrauchten eigentlichen Gegenbeweis, wenn er unvollständig gelungen, sondern auch die unvollständige formelle, oder materielle G. V. als misslungen betrachten und folglich definitiv sprechen, bei vorausgegangener Eidesdelation zum Schiedseid greifen könne, resp. müsse. Dieser Ansicht ist denn auch

---

[27]) Allerdings hat der § 437 unseren Fall, d. h. den Fall der Eidesdelation, nicht im Sinn, wie aus seinem Wortlaut und aus den Motiven unzweifelhaft hervorgeht. Er kann und muss aber auf unseren Fall analog angewendet werden, und wird der Satz „actore non probante reus absolvitur“ nur bei der analogen Anwendung nicht verletzt.

[28]) Wenn über den gewöhnlichen unvollständig gelungenen und unverbrauchten Gegenbeweis nach § 437 und seiner grammatikalischen und logischen Auslegung höchst anomaler Weise ein Notheid aufzulegen ist (s. meinen Aufsatz in der Zeitschrift f. d. Pr. Jahrgang 1887 Heft 4. V. Anhang), so muss über die unvollständige formelle oder materielle G.-V. noch viel mehr ein solcher aufgelegt werden, denn dort ist der richterliche Eid ein völlig überflüssiger Eid (*„actore non probante reus absolvitur“*), hier ist er aber ein absolut nothwendiger Eid! —

L. Seuffert in der 2. Aufl. S. 547 No. 5 (1. Aufl. S. 512 No. 2)[29]). Wie ich aber in meinem Aufsatz (in der Zeitschr. f. d. Pr. Bd. 2 Seite 2—4) gezeigt zu haben glaube, bezieht sich das Wort „kann“ im § 437 nicht auf die Frage der Eidesauflage überhaupt, sondern bloss auf die Wahl des Richters zwischen Suppletorium und Purgatorium. Dies geht nicht nur aus den Motiven ganz unzweideutig hervor, sondern folgt schon aus dem Verständniss der Gesetzesworte. Wenn nämlich der Richter von der Wahrheit der zu erweisenden Thatsache unvollständig überzeugt ist (wenn also der 1. Fall der alternativen Bestimmung des § 437 vorliegt) und dieser Ueberzeugung selbstverständlich in den Entscheidungsgründen des betr. Urtheils Ausdruck giebt, so muss er offenbar einen Notheid auflegen, weil ein sofortiges Endurtheil eine Kondemnation auf unvollständigen Schuldbeweis, eine Verurtheilung auf blosse Wahrscheinlichkeit der Schuld wäre, was bekanntlich nicht angeht. Wenn nun bei unvollständigem Schuldbeweis ein Notheid aufgelegt werden muss, so muss dasselbe bei unvollständigem Unschuldsbeweis geschehen, jedenfalls aber bei prinzipaler oder eventueller Eidesdelation, da hier der unverbrauchte, unvollständige Gegenbeweis als wirkliche oder materielle G.-V. erscheint. L. Seuffert sagt ja selbst, dass dem richterlichen Eid gegenüber der Schiedseid zurücktrete (siehe die Note 29). Dieser Satz kann aber keinen anderen Sinn haben, als den, dass auf den Schiedseid nur dann erkannt werden dürfe, wenn durch die prinzipale Beweisaufnahme nicht soviel Beweis erbracht wurde, dass ein Notheid aufgelegt werden kann. Dies ergiebt sich auch aus § 418 Absatz 2 (wie oben ausgeführt wurde). Endlich sagen es die Motive mit den Worten:

---

[29]) L. Seuffert lehrt a. a. O.: „Dem richterlichen Eid gegenüber tritt die Eidesdelation zurück. Da jedoch die Auferlegung eines richterlichen Eides durch das Gesetz niemals geboten (?), sondern stets in das richterliche Ermessen gestellt ist (?), folglich keine Partei ein Recht auf Zulassung zum richterlichen Eid hat, so hat das Gericht in den Fällen, in welchen der Eid deferirt ist, auch die Möglichkeit, sofort zum Haupteid zu greifen.“ — Keine Partei hat ein Recht auf Zulassung zum Notheid. Das ist allerdings richtig. Aber jede Partei kann verlangen, dass der Richter auf einen Notheid erkennt und denselben entweder ihr, oder dem Gegner auflege! —

„Die Erklärung des Delaten ist unzweifelhaft nutzlos, wenn die prinzipale Beweisaufnahme auch nur Beweis bis zur Auflage eines richterlichen Eides ergiebt". [30])

Mit Recht hat sich daher Wach in der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 15 S. 343 gegen L. Seuffert erklärt, welcher das Gericht ermächtigen will, nach seinem freien Ermessen statt des Notheides, worauf ja keine Partei ein Recht habe, sofort zum Schiedseid zu greifen (S. Note 29). —

Aus meiner gesammten Ausführung (II. No. 2—4) dürfte also hervorgehen, dass die Kontroversen des gemeinen Prozessrechts, deren Verewigung die Motive durch die Aufnahme der G.-V. fürchteten, dadurch nicht aus der Welt geschafft wurden, dass die G.-V. als besonderes Rechtsinstitut nicht aufgenommen, der Gegenbeweis des Delaten bei prinzipaler Eideszuschiebung nicht als G.-V. charakterisirt wurde.

III.

Wenn dem Delaten die G.-V. misslingt, und dem Deferenten der hiergegen unternommene Gegenbeweis gelingt, so ist zu Gunsten des Reprobanten definitiv zu erkennen, und nicht auf den Schiedseid nach der hierüber abgegebenen Erklärung, denn das vollständig Bewiesene darf durch den Eid weder entkräftet noch bekräftigt werden. Ersteres würde durch die Ableistung des vom Delaten angenommenen Schiedseids geschehen; letzteres durch die Ableistung des referirten Eides von Seite des Deferenten und Relaten. In dem Augenblick, da die G.-V. misslingt, verwandelt sich der dagegen unternommene Gegenbeweis in Folge meiner früheren Ausführungen in einen Beweisnachtrag, in einen Hauptbeweis, bei dessen Gelingen also zu Gunsten des

[30]) Nutzlos ist übrigens die Erklärung des Delaten auf den wiederholt deferirten Eid bei unvollständig gelungenem Beweis oder Gegenbeweis dann nicht und wird daher, wenn sie noch aussteht, vom Richter einzuholen sein, wenn dieser im Zweifel ist, welcher Partei er den Notheid auflegen soll, wenn er also zwischen Suppletorium und Purgatorium schwankt. Referirt nämlich der Delat den Eid, so wird der Richter den Notheid gewiss dem Deferenten und Relaten geben, und hierdurch aus seiner Zweifelslage befreit werden. (S. den Text oben III. und Note 34.)

Probanten zu erkennen ist und nicht auf den eventuell deferirten Eid rekurrirt werden darf. Hieraus und aus § 437 ergiebt sich von selbst, dass ein Notheid aufzulegen ist, wenn der in einen Hauptbeweis verwandelte Gegenbeweis unvollständig ausgefallen war.[31])

IV.

Schliesslich ist noch die Frage zu beantworten, welcher Partei ist im Falle unvollständiger formeller oder materieller G.-V. der richterliche Eid aufzulegen? —

Nach der C. P. O. § 437 entscheidet hierüber lediglich das freie Ermessen des Richters nach der Individualität des konkreten Falles, und es kommt hierbei nicht bloss die Stärke des erbrachten Beweises und der hiedurch hervorgebrachten grösseren oder geringeren richterlichen Ueberzeugung in Betracht, wie das im gemeinen und früheren Prozessrecht der Fall gewesen. Vielmehr gehört zu den massgebenden Faktoren nicht minder die grössere Glaubwürdigkeit der Person und die bessere Wissenschaft von der Sache, welche nach gemeinem Recht nur subsidiär in Betracht kommen, wenn nämlich der Richter über die Stärke des aufgenommenen Beweises (ob derselbe mehr als halb oder weniger als halb gelungen) in Zweifel ist. (Vgl. Bayer S. 913, Renaud § 142 Abs. 3.)

Wenn aber der Delat den Schiedseid ausdrücklich rekusirt

---

[31]) Auch Kuhn bespricht diesen Fall und motivirt ihn sehr schön und treffend a. a. O. S. 49 (No. 2)—51. Er sagt hier: „Bei konsequenter Durchführung der früher entwickelten Grundsätze würde hier ein richterlicher Eid nicht aufgelegt werden können, und müsste auf den deferirten Eid zurückgegriffen werden. Diese Konsequenz kann aber wegen des entgegenstehenden Grundsatzes der freien Beweiswürdigung (C. P. O. § 259) nicht gezogen werden. Der Beweis der in diesem Stadium des Prozesses zu erweisenden Thatsache ist zwar völlig verfehlt, der angetretene Beweis des Gegentheils (die G.-V.) ist erfolglos geblieben. Aber sobald dies konstatirt ist, tritt die Prozesslage, wie sie vor Antretung des früheren Beweises war, wieder in ihr altes Recht ein. Nunmehr ist die zu erweisende Thatsache wiederum die vom Deferenten behauptete, für deren Richtigkeit bereits Anhaltpunkte durch den aufgenommenen Beweis geliefert sind". Auch ein *argumentum a fortiori* aus § 437 führt Kuhn an. Vgl. S. 50 Abs. 5 und 51.

hatte, so ist meines Erachtens im alten, wie im neuen Prozess dem Deferenten der Notheid (das Purgatorium) auch dann zuzuerkennen, wenn der Gewissensvertreter fast vollständig bewiesen hatte, und noch überdies relativ glaubwürdiger ist und die bessere Wissenschaft von der Sache hat. Denn durch die Rekusation des ihm zugeschobenen Eides hat ja der Delat erklärt, dass er entweder nicht schwören könne oder nicht schwören wolle und auch den Gegner (den Deferenten) nicht zum Eid lasse.

Und ebenso dürfte es zu halten sein im Falle der Relation des Eides. (A. M. Bayer S. 983. Vgl. aber dagegen meine ges. Abhandl. S. 312—314.) [32]) Nach der C. P. O. wenigstens ist dem Deferenten und Relaten der richterliche Eid — das Purgatorium — aufzulegen, welches ja nach § 437 *ex arbitrio judicis* auch gegen eine mehr als halbe Probe zulässig ist. Aber auch nach gemeinem Prozessrechte würde ich nicht auf das *juramentum relatum*, sondern auf den Notheid (das Purgatorium) erkennen, der zwar nicht über eine ¼-Probe als Suppletorium, wohl aber gegen einen mehr als halben Beweis als Purgatorium stattfindet. Nach der C. P. O. § 419 kann zwar der Delat, wenn seine G.-V. misslungen war, nach der erneuerten Eidesdelation von seiner früheren Erklärung abgehen, und den anfänglich referirten Eid nunmehr akzeptiren. Hieraus

---

[32]) Bayer lehrt S. 983: „Auch im Falle der Relation des eventuell deferirten Schiedseides scheint der Erfüllungseid über den mehr als halb gelungenen Gegenbeweis den Vorzug vor dem *juramentum relatum* zu verdienen. Denn lässt man jene Partei schwören, welche mehr als halben Beweis für sich hat, so ist weniger ein falscher Eid zu befürchten, als wenn man den Eid der Partei gestattet, welche mehr als halben Beweis gegen sich hat. (?) Gegen die Einwendung, dass man den Referenten deshalb nicht zum Erfüllungseid kommen lassen dürfe, weil er durch die Relation selbst zu erkennen gegeben habe, dass er entweder nicht schwören könne oder nicht schwören wolle, kann bemerkt werden, dass das Nichtschwörenkönnen nicht nothwendig aus dem Akt der Relation folgt, das Nichtschwörenwollen aber im Hinblick auf die Eventualität der Erklärung auf den Fall zu beschränken sein dürfte, wenn der prinzipale Beweis überhaupt zu keinem Resultate führen sollte". (Nach der C. P. O. kann Letzteres wenigstens dann nicht behauptet werden, wenn der Deferent die Eidesdelation nach § 419 erneuert hatte und der Delat ungeachtet seines theilweise gelungenen Gegenbeweises auf seiner früheren Erklärung, d. h. auf der Relation stehen blieb!) —

folgt aber nicht, dass der Richter demjenigen den Notheid geben dürfe, welcher den Schiedseid referirt hatte, ohne dass der Deferent und Relat nach geschlossener Beweisaufnahme die Delation des Eides erneuert hatte.[33]) Zweifellos muss aber dann auf das Purgatorium des Deferenten und Relaten erkannt werden, wenn er die Eidesdelation in der mündlichen Schlussverhandlung wiederholt hatte, und der Delat auf seiner früher erklärten Relation stehen blieb; oder wenn der Richter schwankt, welcher Partei er den Notheid geben soll, weil er sich über den Grad der durch das Ergebniss des erbrachten Beweises in ihm hervorgebrachten Ueberzeugung nicht schlüssig machen kann, und die übrigen Faktoren (grössere Glaubwürdigkeit der Person und bessere Wissenschaft von der Sache) auf beiden Seiten gleich sind. Ehe er hier zum letzten Auskunftsmittel greift, d. h. nach dem Satze: *„In dubio pro reo"* entscheidet, wird er nicht dem Gewissensvertreter, welcher ja den Schiedseid referirt hatte, das Suppletorium, sondern dem Deferenten und Relaten das Purgatorium geben. Das Resultat ist nun freilich nach der C. P. O. dasselbe, ob der Richter nach der Regel: *„In dubio pro reo"* oder nach der diesem *ultimum refugium* vorangehenden Rücksicht entscheidet, wonach dem Referenten der Notheid nicht gegeben werden darf. Denn auch dann muss im

[33]) Was die Ausbildung eines Unterschiedes zwischen *juramentum suppletorium* und *purgatorium* anbelangt, welche jedenfalls einer späteren Zeit angehörte, so war es besonders die Glosse und das kanonische Recht, welche hierauf einwirkten. Das kanonische Recht schrieb aber vor, in der Regel solle das *Purgatorium* aufgelegt werden, das *Suppletorium* bloss dann, wenn der Richter Bedenken trägt, auf's *Purgatorium* zu erkennen. Um somehr muss also dann auf's *Purgatorium* erkannt werden, wenn der Richter Bedenken trägt, das *Suppletorium* aufzulegen, wie eben in unserem Falle. Besonders ergiebt sich aber das Gesagte daraus, dass eine Partei durch ihren eigenen Eid nur ausnahmsweise, d. h. nur dann beweisen dürfe, wenn sie bereits einigen Beweis und zwar eine fast vollständige, d. h. mehr als halbe Probe geliefert hatte, nicht aber dann, wenn sie gar keinen oder nur weniger als halben Beweis erbrachte. Im zweiten Falle legt der Richter dem Gegner den Eid auf, es kommt dann zum *Purgatorium.* Und ebenso dann, wenn der Richter — wie in unserem Falle — Bedenken trägt, ungeachtet des mehr als halb gelungenen Beweises, das Suppletorium aufzulegen, weil der Probant (Reprobant) den Schiedseid referirt hatte, und dadurch zu erkennen gab, dass er selbst nicht schwören könne oder nicht schwören wolle.

neuen Prozesse dem Probaten, Deferenten und Relaten das Purgatorium zuerkannt werden, wenn wir nach dem Satze: „*In dubio pro reo*" zu Gunsten des Beklagten entscheiden.[34]) [Anders verhält sich das aber, wenn nicht der Delat, sondern der Deferent und Relat unvollständigen Beweis geliefert hatte, und der Richter im Zweifel ist, auf welchen Notheid zu erkennen sei. Nach dem Satze: „*In dubio pro reo*" wäre hier dem Probaten und Referenten das Purgatorium aufzulegen. Nach der hier vertretenen Auffassung muss aber dem Probanten und Relaten das Suppletorium gegeben werden.[35]) Bei weniger als halbem Beweis desselben ist nach der C. P. O. (wie mir scheint) ebenso zu erkennen. Nach gemeinem Prozessrechte wäre jedoch, da über eine Viertelsprobe kein Ergänzungseid möglich ist, dem Deferenten, Probanten und Relaten das *juramentum relatum* aufzulegen, aber nicht, wie Bayer (S. 982 III a. E.) annimmt, bloss dann, wenn der Probant auf seine weniger als halbe Probe Verzicht leistet, was er ja nach dem oben Ausgeführten gar nicht thun darf, sondern unbedingt und in jedem Falle, weil dem Delaten und Referenten das Purgatorium nicht gegeben werden darf, da er ja den Schiedseid zurückgeschoben hatte.] —

[34]) Scheinbar ist der Delat und Gewissensvertreter der „*reus*," dem also nach der Regel „*in dubio pro reo*" der Notheid — hier das Suppletorium — zu geben wäre. Nach gemeinem Rechte ist dies meines Erachtens auch der Fall, da hier der Delat auch als Gewissensvertreter der angegriffene Theil bleibt. Nach Wetzell und nach der C. P. O. wird aber der Gewissensvertreter, obgleich er Reprobant und also „*reus*" ist, doch wie ein Hauptbeweisführer und folglich als *actor* behandelt, und muss also im Zweifel seinem Gegner, dem Deferenten, der Notheid, d. h. das Purgatorium, gegeben werden.

[35]) Ebendeshalb ist die Erklärung des Delaten auf den deferirten Eid von Belang und wird daher, wenn sie noch aussteht, dann vom Richter einzuholen sein, wenn der Beweis des Deferenten unvollständig ausgefallen war, und das Gericht zwischen der Auflage des *Suppletorii* und *Purgatorii* schwankt. Referirt nämlich der Delat den Eid, so ist das Gericht aus seiner Zweifelslage befreit und wird dem Relaten den Notheid (das *Suppletorium*) geben. Die Motive scheinen mir daher Unrecht zu haben, wenn sie behaupten, die Erklärung des Delaten sei unzweifelhaft nutzlos, wenn die prinzipale Beweisaufnahme auch nur Beweis bis zur Auflage eines Notheides ergiebt. (S. oben Note 30).

Die

Theilnahme an dem Verbrechen

aus § 159 R. St. G. B.

durch Anstiftung oder Beihülfe.

Von

Heinrich Harburger.

Der von Anfang an stark angefeindete[1]) § 159 R. St. G. B., welcher das Unternehmen, einen Anderen zur Begehung eines Meineides zu verleiten, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bedroht, hat im Laufe der Zeit zu mancherlei Bedenken und Streitfragen Anlass gegeben.

Noch ist die Zahl derjenigen, welche die principielle Vorfrage, ob es sich rechtfertigen und empfehlen lasse, den blossen Versuch einer Anstiftung zu einem Verbrechen überhaupt[2]) und zur Verübung eines Meineides insbesondere[3]) unter Strafe zu stellen, verneinend beantworten, grösser als jene ihrer Vorkämpfer.

Nicht minder erscheint es, auch bei Anerkennung der „Ausnahme-Natur des Verbrechens"[4]) und grundsätzlicher Billigung seiner Bestrafung zuweilen als mindestens zweifelhaft, ob für den Gesetzgeber Veranlassung vorlag, die Minimalstrafe so hoch zu greifen, und ob nicht doch wenigstens die Berücksichtigung des Vorliegens mildernder Umstände offen zu lassen gewesen wäre. Es kommen im praktischen Leben nicht selten Fälle vor, Angesichts welcher man sich der Ueberzeugung nicht

---

[1]) Vgl. insbesondere John, das Strafrecht in Norddeutschland, S. 74 ff.; H. Meyer, das norddeutsche Strafrecht. S. 51; Dochow in v. Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts, Bd. III S. 240; v. Liszt, die falsche Aussage vor Gericht, S. 173; Voigt in Goltd. Archiv Bd. 28 (1880), S. 229.

[2]) Vgl. bes. Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. II, S. 344 u. Bd. IV, S. 143 sowie die daselbst Citirten.

[3]) Vgl. John, Entwurf mit Motiven zu einem Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund, S. 377; v. Liszt a. a. O. S. 170 ff.

[4]) Motive zu § 159 St.G.B. (§ 157 des Entwurfs).

verschliessen kann, dass auch das geringste Maass der dermalen angedrohten Strafe (ein Jahr Zuchthaus) im Verhältniss zu der vorliegenden Schuld und im Vergleiche mit der für andere Strafthaten geforderten Sühne entschieden zu hart ist, besonders seitdem für ganz verwandte Fälle durch § 49ᵃ St. G. B. überhaupt nur Gefängnissstrafe (von einem Tage) bis zu zwei Jahren angedroht wird. So erklärt es sich, dass das Bedürfniss nach Ausgleichung in dieser Richtung zuweilen zu einer, unbewussten, oder vielleicht auch bewussten, Milde in Beurtheilung der Schuldfrage und damit zur gänzlichen Freisprechung eines immerhin Nicht-Unschuldigen Veranlassung gibt, — eine Reaction der Rechtsprechung gegen die Härten des positiven Gesetzes, die gerade bezüglich der fraglichen Gesetzesstelle bei sachgemässer Interpretation, sicher wenigstens theilweise, sich hätte vermeiden lassen.

Im Einzelnen sind nämlich auch Meinungsverschiedenheiten über die Bedeutung und Tragweite der Begriffe „Verleiten" und „Unternehmen" im Sinne unserer Gesetzesstelle zu Tage getreten.

Während im Anschlusse an die Motive zum Strafgesetzbuche[5]) John,[6]) Schultze,[7]) Schütze,[8]) Dochow (a. a. O.), Berner,[9]) Hälschner,[10]) und die Commentatoren des St. G. B.[11]) sowie die Praxis[12]) das Wort „verleiten" als gleichbedeutend mit „anstiften" erachten, behaupten v. Liszt[13]) und

---

[5]) a. a. O.: „Das Wort „ „verleiten" " ist beibehalten worden, da es hinreicht, um die einzelnen Fälle der Anstiftung zu erschöpfen."

[6]) Entwurf, S. 376 ff, Srafrecht in Nordd. S. 75 ff.

[7]) In Goltdammer's Archiv Bd. 18 (1870), S. 219.

[8]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 70, Note 21.

[9]) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, S. 398.

[10]) Das gemeine deutsche Strafrecht II, S. 926 (§ 266).

[11]) Ad § 159 Oppenhoff, Nr. 2, Schwarze, Nr. 10, Rüdorff-Stenglein, Nr. 2, Olshausen Nr. 2 und ad § 141 Nr. 4.

[12]) Erk. des bad. Oberhofgerichts vom 29. Sept. 1877 (Annalen der grossh. bad. Gerichte Bd. 43, S. 264) sowie des Reichsgerichts vom 9. Nov. 1880 (Entsch. III, S. 26, Rechtspr. II, S. 481), vom 4. Juni 1883 (Entsch. VIII, S. 354), vom 11. Oktober 1883 (Rechtspr. V, S. 592) vom 14. Dec. 1886 (Entsch. XV, S. 148) u. vom 4. Febr. 1887 (Entsch. XV, S. 259, Rechtspr. IX, S. 112).

[13]) a. a. O. S. 177 ff, abweichend jedoch wieder Lehrbuch des deutschen Strafrechts, § 181 (S. 580 der 2. Auflage.)

Voigt (a. a. O. S. 231) in etwas übertriebener Motivenscheu, dass zwischen beiden Begriffen ein Unterschied bestehe, der allerdings nicht auf Seiten der Mittel liege, „die keine anderen sein können als bei der Anstiftung", sondern auf Seiten des Willens, in der Intensität der Einwirkung auf den Willen des zu Verleitenden, — eine Erklärung, welcher mit weit grösserem Rechte der Vorwurf der „Unbestimmtheit und Dehnbarkeit" gemacht werden kann als dem erklärten Worte selbst, das der Gesetzgeber in der ihm von jeher zukommenden Bedeutung gebraucht und gebrauchen zu wollen in den Motiven erklärt hat.

Zu weiter tiefgehenden Meinungsverschiedenheiten aber führt die Auslegung des Wortes „unternehmen". Wohl zu einem beträchtlichen Theile sind dieselben auf Rechnung des Umstandes zu setzen, dass in dem „unternehmen" eine, überdies auch gewollte, stärkere Abweichung von der Formel des § 130 des preussischen St. G. B. [14]) gegeben ist, als die Weglassung des „verleiten" aus der nunmehrigen Legaldefinition der Anstiftung für die Bedeutung desselben mit sich bringen konnte.[15]) War nicht einmal dem dortselbst (§ 130 cit.) gebrauchten, doch gewiss der Eigenschaft eines terminus technicus theilhaftigen Worte „versuchen" der Vorwurf der „Unbestimmtheit des Ausdruckes" erspart geblieben,[16]) so begreift es sich von selbst, dass dessen Ersetzung durch das in der That weniger entschiedene „unternehmen" noch mehr Anlass zu Zweifeln gegeben hat.

Während nach dem classischen Zeugniss Schwarze's[17]), dass bei den Berathungen der Reichstagscommission aner-

[14]) „Derjenige, welcher einen Anderen wissentlich zur Ableistung eines falschen Eides, zur eidlichen Bekräftigung der Unwahrheit .... zu verleiten versucht, wird" u. s. w.

[15]) Gegenüber dem § 34 Ziff. 1 des preuss. St.G.B., woselbst als Anstifter bezeichnet wurde „wer den Thäter durch Geschenke u. s. w. .... zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens angereizt, verleitet oder bestimmt hat," wollte nach den Motiven zum Reichs-St.G.B. § 48 (§ 46 des Entwurfes) durch die Beschränkung auf „bestimmt hat" lediglich der strafrechtliche Grundgedanke der Anstiftung schärfer ausgedrückt werden „als dies im Preussischen Gesetzbuche geschehen, woselbst die noch beigefügten Worte „angereizt oder verleitet" .... die Schärfe des in dem Worte „bestimmt" ausgedrückten Gedankens wieder einigermassen verwischen."

[16]) Goltdammer in seinem Archiv Bd. 8 (1860) S. 336.

[17]) Commentar z. St.G.B., Excurs 10, § 4 (S. 101).

kannt worden, es solle „der Versuch der Verleitung bestraft, zugleich aber mit dem Worte „Unternehmen" ausgedrückt werden, dass nicht jede, oft unüberlegt oder in rascher Aufwallung erfolgte, Aufforderung zur Leistung des Meineids genüge, sondern nur eine mit Berechnung und Ueberlegung an den Andern gerichtete, vorbereitete Aufforderung", es offenbar auf eine Einschränkung des strafbaren Thatbestandes, selbst gegenüber den Merkmalen des Versuches, abgesehen war, haben Theorie [18]) und Praxis [19]) in der Hauptsache — abgesehen nämlich von der Frage der Anwendbarkeit des § 46 St. G. B. im Falle thätiger Reue [20]) — angenommen, dass zwischen Versuch und Unternehmen einer Anstiftung zum Meineide kein fassbarer Unterschied sei; ab und zu wurde sogar, darüber hinausgehend, behauptet, dass „Unternehmen" auch ein Handeln umfasse, welches noch nicht in das Stadium des strafbaren Versuches getreten, also in jenem der Vorbereitung geblieben ist. [21]) Ja noch mehr; das „unternehmen" hat auch eine ausdehnende Auslegung dahin erfahren, dass Handlungen, welche gemeinhin den Charakter einer Theilnahme an dem Delicte an sich tragen, wie Anstiftung und Beihülfe, Handlungen, welche nur mittelbar auf Leistung des Meineids abzielen, ebenfalls als unter jenen Begriff zu subsumirend, als den Thatbestand des Verbrechens aus § 159 selbst vollkommen erfüllend angesehen worden sind.

Am weitesten geht in dieser Richtung die Praxis des Reichsgerichts. Ein Erkenntniss (des III. Sen.) vom 11. Oktober 1883 (Rechtspr. Bd. V, S. 592) fordert zwar allerdings „zur

[18]) Berner a. a. O., Dochow a. a. O., Hälschner a. a. O., Oppenhoff § 159, Note 9. und selbst Schwarze a. a. O.

[19]) Erk. des preuss. Obertribunals vom 13. Sept. 1871 und 4. Sept. 1874, (in Goltd. Arch. Bd. 19, S. 677 u. Bd. 22, S. 595), und des Reichsgerichts vom 4. Juni 1883 (Entsch. VIII, S. 354) und vom 11. Oct. 1883 (Rechtspr. V, S. 592).

[20]) Für die Anwendbarkeit des Strafausschliessungsgrundes des § 46 St.G.B. sprechen sich aus: Schwarze a. a. O., von Liszt falsche Aussage S. 183 ff, Lehrbuch § 47 (S. 194), Voigt a. a. O. S. 241 und Hälschner a. a. O., dagegen Dochow, Oppenhoff, Olshausen a. a. O. O. u. Erk. des Reichsgerichts v. 11. Oct. 1883 (a. a. O.), sowie v. 29. April 1884 (Entsch. X, S. 324 und Rechtspr. VI, S. 315).

[21]) v. Liszt, falsche Aussage, S. 177, Lehrbuch §§ 45 und 181, S. 187 und S. 580, Voigt a. a. O., Olshausen a. a. O.

Anwendung des § 159, dass der Angeklagte den Entschluss, den Willen eines Anderen zur Begehung eines Meineides zu bestimmen, durch Handlungen, die einen Anfang der Ausführung der Willensbestimmung enthalten, bethätigt habe", lässt aber im Verlaufe seiner Deductionen die Neigung zu der weitergehenden Ansicht durchblicken. Am 24. Mai 1882 (Rechtspr. Bd. IV, S. 504) entschied das Reichsgericht, (I. Sen.), dass „auch in der Aufforderung an eine Mittelperson, durch welche die Einwirkung auf den Willen des zu verleitenden Dritten bethätigt werden soll, unter Umständen schon ein Unternehmen, einen Anderen zur Begehung eines Meineides zu verleiten, gefunden werden kann." Mit Urtheil (des III. Sen.) vom 4. Juni 1883 (Entsch. Bd. VIII, S. 354) wurde sodann ausgesprochen, dass überhaupt die Begrenzung des „Unternehmens" auf Handlungen, durch welche das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll, eine dem gedachten Begriffe nicht innewohnende Einschränkung enthalte und derselbe vielmehr jede Handlung umfasse, welche zur Erreichung des Vorhabens einen Anderen zur Leistung eines Meineides zu verleiten, vorgenommen wird. So wurde denn auch (vom II. Sen.) am 9. November 1880 (Entsch. Bd. III S. 26 und Rechtspr. Bd. II, S. 481) für die Anwendbarkeit des § 159 als genügend erklärt, dass der Angeklagte einen, Anderen erfolglos aufgefordert hat, seine, des Aufgeforderten, Ehefrau zur Leistung eines Meineides zu verleiten,[22]) desgleichen (vom IV. Sen.) am 4. Februar 1887 (Entsch. Bd. XV, S. 259 und Rechtspr. Bd. IX. S. 112) mit der blossen Aufforderung, welche der Angeklagte an einen Andern behufs der weiteren Einwirkung auf den zu Verleitenden gerichtet hatte, der Begriff des vollendeten Unternehmens für erfüllt erachtet.

Auf diese Weise subsumirte denn das Reichsgericht unter die Strafdrohung gegen die versuchte Anstiftung zu einem Meineide den abgeschlossenen, wenn auch misslungenen[23]), Versuch

[22]) Gegen dieses Erkenntniss s. Geyer in der Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss., Bd. II, S. 310 ff.

[23]) Ueber den Unterschied zwischen „misslungenem" und „erfolglosem" Versuch einer Anstiftung vergl. Geyer in v. Holtzendorffs Handbuch II, S. 345.

einer Anstiftung zur Anstiftung zum Meineide und gelangte (I. Sen.) am 4. Dezember 1884 (Rechtspr. Bd. VI, S. 777) sogar dazu, einen misslungenen entfernten Versuch der Anstiftung zur Anstiftung zum Meineid als ein solches strafbares Unternehmen anzusehen, indem es das Urtheil aufhob, welches auf Freisprechung eines Angeklagten gelautet hat, der aus der Untersuchungshaft einen, vor der Abgabe an die Adresse polizeilich beschlagnahmten, Brief an seine Ehefrau gerichtet hatte, in welchem er diese aufforderte, einen Zeugen zum Meineid zu verleiten. Der blossen Abfassung eines Briefes in der Absicht, durch denselben die Verleitung vorzunehmen, ohne dass sich weitere Schritte, wie dessen Absendung oder Einhändigung an den Adressaten, angeschlossen hätten, hat allerdings auch das Reichsgericht (angef. Erk. vom 11. Okt. 1883) als blosser Anfertigung des Mittels, wodurch das Verbrechen begangen werden soll, die Eigenschaft eines „Unternehmens der Verleitung" abgesprochen.

Hingegen hat sich der bayr. oberste Gerichtshof am 15. Mai 1874 (Entsch. Bd. IV, S. 210 u. Stenglein's Zeitschrift Bd. IV, S. 26) nicht bereit finden lassen, in ähnlicher Weise den erfolglosen Versuch einer Anstiftung zur Meineidsverleitung als ein „Unternehmen" im Sinne des § 159 anzuerkennen, als ihm der Fall zur Beurtheilung vorlag, dass eine Frau, welche aufgefordert (angestiftet) worden war, eine Dritte durch Ueberredung zur falschen zeugschaftlichen Aussage zu verleiten, dieser lediglich erzählungsweise mitgetheilt hatte, was zu ihr gesagt, wozu sie aufgefordert worden war.

In den bezüglichen Entscheidungsgründen wurde hervorgehoben, dass in dieser blossen Mittheilung offenbar kein Unternehmen der Verleitung im Sinne des § 159 liege, da bei solcher Mittheilung der Wille der zu Verleitenden ganz frei geblieben, d. h. von Seite der zur Verleitung Aufgeforderten nicht zu bestimmen versucht worden sei und es demnach an einem nothwendigen Erfordernisse zum Thatbestand des § 159 fehle, wesshalb auch die That der Auffordernden selbst nicht strafbar sei. Dem entgegen geht die Rechtsprechung des Reichsgerichts von der Anschauung aus, dass jeder Schritt, durch welchen Jemand seine Absicht auf Herbeiführung eines Meineides nach aussen

kund werden lässt und dessen Erfolg seinem Willen entzogen ist, gleichgiltig ob jener Schritt direct auf den zu Verleitenden gerichtet oder eine Mittelsperson verwendet ist, auch ohne dass es zu irgend einer Beeinflussung des zu Verleitenden gekommen oder irgend eine äussere Beziehung zu demselben hergestellt worden wäre, als ein Unternehmen der fraglichen Art anzusehen sei.

So richtig es nun zwar ist, dass die Einschränkung des Begriffes „unternehmen" beim Hochverrath (§ 82 St.G.B.) auf Handlungen, durch welche das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll, zu einer entsprechenden Einschränkung desselben für den § 159 keine Veranlassung gibt, und dass der Gesetzgeber keine Andeutung dahin gegeben hat, dass die Fälle einer nur mittelbaren Einwirkung auf den zu Verleitenden ausgeschlossen sein sollen, so liegt doch ebenso wenig ein Anhaltspunkt dafür vor, dass es den Intentionen des Gesetzgebers entspreche, dem fraglichen Begriffe geradezu Zwang anzuthun und, mit der Unterstellung auch der entferntesten Anfänge und Spuren der Verwirklichung des verbrecherischen Wunsches unter denselben, in das entgegengesetzte Extrem zu verfallen. Ob man sich wohl auch der hiedurch bedingten Consequenzen für die allgemeinen Lehren des Strafrechtes bewusst gewesen ist, als man sich herbeiliess zur Aufstellung des Satzes, es sei „der Anfang der Ausführung einer That regelmässig dann anzunehmen, wenn ein Anfang mit der Anwendung der zur Ausführung gewählten Mittel gemacht ist", und ein solcher schon zu erblicken in der Absendung des Briefes des Angeklagten an seine Ehefrau, mittelst dessen er diese veranlassen wollte, auf den Willen des Zeugen einzuwirken und diesen zum Meineide zu verleiten, oder, wie das Reichsgericht formulirt, „mittelst dessen er durch seine Ehefrau auf den Willen des Zeugen einwirken und solchen zum Meineide verleiten wollte?" Wir möchten diese Frage verneinen. Anderen Falls müsste man annehmen, dass, entgegen der herrschenden Meinung, der Versuch, einen Anderen zur Begehung eines Verbrechens anzustiften, schon als Versuch des Verbrechens selbst angesehen werden wollte; denn in der geistigen Einwirkung auf denjenigen, durch dessen physische Kräfte eine Strafthat verübt werden will, etwa gar verbunden

mit der Darreichung der erforderlichen Mittel und Werkzeuge, liegt wohl nicht minder „eine Anwendung der zur Ausführung gewählten Mittel“ als in der Absendung jenes Briefes; denn auch hier hat der Einwirkende „seine Absicht nach aussen hin bis zu einem Puncte bethätigt, von welchem an der weitere Erfolg gar nicht mehr von seinem Willen, sondern von äusseren Umständen und Zufälligkeiten abhängig“ ist [24]). Scheut man aber, wie wohl anzunehmen, diese Consequenz, so muss man auch die Prämisse aufgeben, aus welcher sich jene mit Nothwendigkeit ergiebt.

Noch bedenklicher sind die Gründe und Resultate der theoretischen Vertheidiger der vom Reichsgericht adoptirten Ansicht. Hälschner (a. a. O.) beschränkt sich, unter Berufung auf seine Vorläufer, auf die Sätze, es würde die Anstiftung zu dem Unternehmen, eine dritte Person zum Meineide zu verleiten, an sich selbst schon als eine unternommene Verleitung erscheinen und als solche nach § 159 strafbar sein, Beihülfe zur Anstiftung zum Meineide aber — weil Beihülfe nur strafbar, wenn wenigstens ein strafbarer Versuch der That vorliegt — als Beihülfe zum Meineide selbst strafbar sein, wenn ein solcher mindestens versucht wäre, dagegen straflos, wenn, wie § 159 voraussetzt, nicht einmal ein Versuch stattgefunden hat.

Nach v. Liszt (falsche Aussage S. 185, anders allerdings Lehrbuch, § 51, S. 208) würde die Anstiftung zu dem Delicte des § 159 erscheinen als Anstiftung zur versuchten Anstiftung und „ist daher ebenso wie die Beihülfe straflos, da das R.-St.-G.-B. die Theilnahme an einem versuchten Delicte überhaupt nicht bestraft“ — eine wohl nicht erst weitläufig zu widerlegende Begründung! —; hingegen sei versuchte Anstiftung zur Anstiftung eine versuchte mittelbare Anstiftung zum Meineide selbst und „fällt daher ohne Zweifel unter die Strafbestimmung des § 159“. Ingleichen sei Beihülfe zur unternommenen Verleitung straffrei, hingegen unternommene Verleitung zur Beihilfe am Meineide strafbar; allerdings nur, wenn der Thäter selbst, dem die Beihilfe zu leisten ist, mindestens bis zu einem strafbaren Versuche fortgeschritten sei [25]).

---

[24]) angef. Urtheil des Reichsgerichts vom 4. Dezbr. 1884.

[25]) Bezüglich der unternommenen Verleitung zur Beihülfe am Meineide,

Hienach würde also, obwohl Theilnahme an einem vollendeten Delict vorliegt, da ein Erfolg, der angestrebte Anstiftungsversuch, erreicht, beziehungsweise die zu unterstützende Verleitungsthätigkeit wirklich ausgeübt worden, im ersteren Falle Straflosigkeit, dagegen im zweiten Falle, in welchem die Sache nicht über das Stadium des Versuches zur Theilnahme hinausgekommen, Bestrafung einzutreten haben. Gegenüber solchen Consequenzen erscheint die Praxis des Reichsgerichts, welche diese — an sich gewiss richtige und erhebliche — Unterscheidung nicht macht und beide Arten von Fällen gleich behandelt, noch als erträglicher.

Voigt (a. a. O.) endlich erklärt eine Theilnahme an der Anstiftung zum Meineide als solcher für unmöglich und die Thatsachen, welche sich beim ersten Anblick derartig zu qualificiren scheinen, für Theilnahme am Meineide selbst oder aber strafrechtlich irrelevant. Ersteres besonders deshalb, weil, wenn auch die strafbare Thätigkeit durch Zwischenpersonen ausgeführt werden soll, doch die Thätigkeit jedes einzelnen Betheiligten auf Förderung des eigentlichen Verbrechens abziele. Eben darum sei auch die Beihülfe, die dem Verleiter zu Theil wird, straflos; denn sie könnte nach der Absicht des Helfenden höchstens Beihülfe zum künftigen Meineid sein, dann aber nur bestraft werden können, wenn der Meineid wenigstens zu leisten versucht worden. Daneben wird noch weiter geltend gemacht, dass an dem Delicte des § 159 eine Theilnahme sich begriffsmässig nicht denken lasse, da dasselbe in der erfolglosen Verleitung zum Meineide bestehe und es nicht denkbar sei, dass Jemand von vorne herein gerade zur erfolglosen Verleitung anstiften wolle, vielmehr immer die wirkliche Begehung eines Meineides angestrebt werde.

Die Schwäche und Unhaltbarkeit dieses letzteren Argumentes hat bereits Geyer gelegentlich seiner angeführten Kritik des reichsgerichtlichen Urtheils vom 9. November 1880 zur Genüge dargethan, indem er hervorhob, einerseits dass es, wenn

dessen Leistung versucht worden oder erfolgt ist, mag schon an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, dass beim Vorliegen eines Causalzusammenhanges nicht mehr von einer blos unternommenen, sondern nur von einer vollendeten Verleitung zur Beihülfe am Meineid gesprochen werden kann, eine Handlungsweise, deren nähere Würdigung hier nicht veranlasst ist.

auch allerdings äusserst selten, so doch auch möglich und denkbar sei, dass Jemand einen Anderen nur zu einer, wie er von vorne herein fest überzeugt ist, erfolglosen Verleitung zum Meineide anstiftet in der Hoffnung, dass der so von ihm Verleitete der Criminaljustiz in die Hände falle, und andererseits dass derjenige, dessen Anstiftungsthätigkeit z. B. einen Mordversuch zur Folge hatte, doch auch als Anstifter hiezu zu strafen ist, obwohl man auch hier im Sinne Voigt's zum entgegengesetzten Resultate kommen müsste, da es nicht weniger als beim Meineid nahe liegt, dass Jemand von vorne herein gerade nur zum Mordversuch anstiften will, sowie endlich, dass überhaupt, wer will, dass ein Anderer einen strafbaren Erfolg herbeiführe, auch will, dass jener die zu diesem Ziele führenden Handlungen vornehme, die für sich nur Versuchshandlungen sind.

Dem mag noch beigefügt werden der Hinweis darauf, dass es, wie sich insbesondere aus der Bestrafung des blossen Versuches zu einem Verbrechen sowie ferner aus § 46 d. St.G.B. (verbis: der Versuch als solcher) ergibt, überhaupt für die Strafbarkeit einer Handlung nicht erforderlich ist, dass die Absicht des Thäters lediglich auf den erreichten Erfolg oder auch nur überhaupt auf denselben gerichtet gewesen ist; genug, dass derselbe eine Folge seines bewussten und gewollten Handelns ist. Und ferner kann wohl nicht bestritten werden, dass wenn kraft positiven Gesetzes behufs Steigerung der criminellen Verantwortlichkeit der Versuch einer strafbaren Handlung statt als bloss minderer Grad eines Delictes als ein selbständiges Delict erscheint, ebenso wie der Thäter, der mit seinem Handeln die Thatbestandsmerkmale des Versuchsdelictes nicht überschritten hat, nach der für dasselbe aufgestellten Strafdrohung beurtheilt wird, diese zur Anwendung zu bringen ist auf denjenigen, welcher durch seine Anstiftungsthätigkeit zu jenem Veranlassung gegeben hat.

Der gegnerischen Ansicht liegt dagegen neben dem Gedanken an die leidige sogenannte mittelbare Anstiftung, die Idee von der Unselbständigkeit solcher Delicte zu Grunde. v. Liszt (falsche Aussage, S. 185; anders allerdings Strafrecht § 51, S. 208), Voigt und Hälschner betonen im Anschlusse an

die Ausführungen von Zachariae[26]), Goltdammer[27]) und Schultze[28]) übereinstimmend, dass die ausnahmsweise Erhebung der misslungenen Anstiftung oder eines versuchten Delictes zu einem selbständigen Verbrechen die innere Natur eines solchen Verhaltens mit Nichten beeinflusse und darum keinesfalls der allgemeine Theil des Strafgesetzbuches in seinem vollen Umfange auf ein solches, in den speciellen Theil aufgenommenes, delictum sui generis anwendbar sei[29]).

Diese Aufstellung entbehrt aber jeglichen inneren Haltes und ist nicht mehr und nicht weniger als eine verfehlte theoretische Abstraction. Wenn der Gesetzgeber ein bestimmtes Verhalten für so bedeutend ansieht, dass er Veranlassung nimmt, dasselbe aus seiner sonstigen Umgebung herauszulösen und zu einer besonderen Delictsspecies zu erheben, so kann es nicht als angängig erscheinen, wo das eigentliche Wesen dieses Delictes zu einer Abweichung von den sonsthin geltenden allgemeinen Grundsätzen zu verleiten vermöchte, durch Berücksichtigung desselben die beabsichtigte Behandlung als selbständiges Delict wieder aufzuheben und auf diese Weise dasselbe in jene Kategorie von Handlungen zurückzuversetzen, aus welcher es gerade hat entfernt werden sollen und wollen.[30]) Liegt ja nicht selten der praktische Werth einer solchen besonderen Pönalisirung gerade darin, dass, sei es mit Ermöglichung einer milderen oder einer schärferen Behandlung, die Vorschriften des allgemeinen Theiles auf das fragliche Verhalten Anwendung finden können!

Sache des Gesetzgebers ist es allerdings, bei Schaffung solcher Specialbestimmungen sich ihrer eigentlichen Natur bewusst zu bleiben und derselben in geeigneter Weise Rechnung

[26]) Goltdammers Archiv Bd. III, S. 170 ff.

[27]) in seinem Archiv Bd. VIII, S. 337.

[28]) Goltdammers Archiv Bd. XVIII, S. 219.

[29]) Dieser Ansicht nähert sich auch John in v. Holtzendorff's Handbuch des Strafrechts Bd. III, S. 111, während er in seinem „Strafrecht in Nordd." S. 77, noch entschieden der gegentheiligen Anschauung huldigt, die in neuerer Zeit noch vertheidigt wird insbesondere von Hugo Meyer, Strafrecht, § 47 v. Liszt, Strafrecht, § 51 (S. 208), § 175 (S. 549) und § 181 (S. 580), Binding, Grundriss (3. Aufl.) S. 115 u. 129.

[30]) Vergl. auch das angef. Erk. des Reichsger. vom 29. April 1884.

zu tragen. Sache der Wissenschaft ist es auch, das Wesen solcher Sonderdelicte klar zu stellen und für die Theorie im Allgemeinen die daraus sich ergebende Nutzanwendung zu machen. Dem zur Anwendung des Gesetzes Berufenen aber, dem Richter, kann es nimmermehr zustehen, die Frage der Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit der Vorschriften des allgemeinen Theiles des Gesetzbuches auf eine Bestimmung des speciellen Theiles lediglich je nach deren innerem Gehalte zu entscheiden. Solchem Vorgehen steht der Mangel einer gesetzlichen Grundlage, die bekannte, Angesichts des Verbotes der Analogie für das Strafrecht geradezu massgebende, Auslegungsregel ubi lex non distinguit, nec iudicis est distinguere als unübersteigliche Schranke entgegen.

Es kann darum auch nicht für zulässig erachtet werden, wenn in Anlehnung an die Theorie von der sog. mittelbaren oder successiven Anstiftung — nach welcher Anstiftung zur Anstiftung wie die Anstiftung zum Verbrechen selbst zu beurtheilen und zu bestrafen ist [31]) — die Anstiftung zu dem Verbrechen aus § 159 St. G. B., weil dieses selbst wesentlich Anstiftung zum Meineide ist, als „mittelbare" Verleitung betrachtet und die Anwendbarkeit der §§ 48 und 49a St. G. B. ausgeschlossen werden will. Hiebei mag an dieser Stelle die Richtigkeit jener ganzen Theorie, deren Bezeichnung schon uns nicht als über alle Bemängelung erhaben erscheinen will [32]), dahin gestellt bleiben, wenn auch keineswegs verkannt werden

[31]) Vergl. hierüber besonders Krug, Commentar zum sächs. St.G.B. von 1855, Bd. S. 142 Nr. 8; Geyer, Erörterungen über den allg. Thatbestand der Verbrechen, S. 124; Berner Lehrbuch, § 109; Schütze, die nothwendige Theilnahme am Verbrechen, S. 263; Schwarze, Commentar, Excurs XI, § 3 Ziff. 4; Geyer in v. Holtzendorff's Handbuch Bd. II, S. 377; Hälschner a. a. O. Bd. I, S. 397 Note 4 (§ 164).

[32]) Bei consequenter Durchführung der Terminologie dürfte nämlich — wie man unter „mittelbarem Thäter" denjenigen versteht, welcher sich als Werkzeug eines Dritten bedient, der nur den äusseren Thatbestand einer strafbaren Handlung vornimmt, ohne jedoch selbst eine strafbare Handlung zu begehen, weil er entweder ohne jeden Dolus handelte oder zwar mit Dolus, aber ohne Kenntniss von der Causalität seines Handelns — als mittelbarer Anstifter nur derjenige bezeichnet werden, welcher unter gleichen Umständen einen Dritten zur Erreichung seines Anstiftungszweckes missbraucht.

soll, dass sie bei der eingeschränkten Begriffsbestimmung der Anstiftung unseres Strafgesetzbuches im Vergleiche mit anderen [33]) allein die Möglichkeit zur Bestrafung des (als eigentlichen intellectuellen Urhebers) in höherem Grade schuldigen primären Anstifters eröffet.

Am wunderlichsten aber liegt die Sache bezüglich der Beihülfe. Da man sich von dem Gedanken nicht losreissen kann, dass das Delict des § 159 seinem Wesen nach Anstiftung zum Meineid ist, ist nach Voigt und Hälschner eine strafbare Beihülfe nur denkbar, wenn es zur, wenigstens versuchten, Leistung des Meineides gekommen ist. Als ob nicht mit dem Ansinnen, den falschen Eid zu leisten, das Delict des § 159 vollendet wäre und darum derjenige, welcher in Kenntniss des Zweckes z. B. das zur Verstärkung des Ansinnens dargebotene Geld hergeliehen oder sonstige Hilfe geboten hat, damit bereits „dem Thäter zur Begehung des Verbrechens" (aus § 159) „wissentlich Hülfe geleistet" hätte, auch ohne dass das Ansinnen weitere Folgen nach sich gezogen hat! Und Olshausen, der bezüglich der Anstiftung zur Verleitung die Anschauung der Vorigen theilt, erklärt, allerdings ohne nähere Begründung, die Beihülfe zur Anstiftung für denkbar und auch für strafbar, wenn der Absicht des Gehülfen dahin ging, zu einer erfolgreichen Meineidsanstiftung Beihülfe zu leisten, und sein Wille nicht darauf beschränkt blieb, dass die Beihülfe nur zum Unternehmen geleistet werde [34]) — offenbar eine Anlehnung an die bereits oben widerlegte Ansicht Voigt's, dass eine blos auf erfolglose Verleitung ausgehende Willensrichtung undenkbar sei.

[33]) § 48 R.St.G.B.: „Wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke u. s. w. . . . vorsätzlich bestimmt hat; dagegen bayr. St.G.B. von 1861, Art. 54 Ziff. 1: „Wer durch ausdrücklichen Rath u. s. w. . . . die strafbare That verursacht hat", woselbst zielbewusst der Ausdruck „verursacht" gebraucht war, um auch den sog. mittelbaren Anstifter zu treffen (vergl. Weis, Commentar, Bd. I, S. 166; Hocheder, Commentar Bd. I, S. 236; Dollmann, Commentar Bd. I, S. 306); ferner französ. Code pénal von 1810, Art. 60: „Ceux qui, par dons etc. . ., auront provoqué à cette action" und dagegen belgisch. Code pénal vom 8. Juni 1867, Art. 66: „Ceux qui, par dons etc. . . ., auront directement provoqué à ce crime ou à ce délit".

[34]) Commentar zu § 159, Nr. 7 u. 8.

Tritt man hingegen ohne Voreingenommenheit an den Wortlaut unserer Gesetzesstelle behufs ihrer Auslegung heran, so lässt sich entschieden nicht verkennen, dass die Worte, „wer es unternimmt, einen Anderen zur Begehung eines Meineides zu verleiten", darauf hinweisen, dass eine Beeinflussung des Willens dieses Anderen, d. h. desjenigen, der schwören soll, in Frage steht, nicht aber die Beeinflussung des Willens eines Dritten zum Zwecke der von ihm zu bethätigenden Beeinflussung des Willens des Anderen. Diese letztere ist vielmehr Beeinflussung, d. h. Anstiftung, des Dritten zum Zwecke der von ihm zu versuchenden Verleitung.

Gelingt dieselbe und hat sie eine Verleitung zu einem (versuchten oder vollendeten) Meineid zur Folge, so sind die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der §§ 48 mit 153 und 154 St.G.B., — gelingt sie und hat sie wenigstens einen Verleitungsversuch zur Folge, für die Anwendbarkeit der §§ 48 mit 159 St.G.B. gegeben [35]), und zwar letzteren Falls gleichmässig für den misslungenen und den erfolglosen Verleitungsversuch, d. h. gleichgiltig, ob schon der zu Verleitende sich nicht empfänglich zeigt oder nur nach gefasstem Entschlusse zur Leistung des Meineides diese unterbleibt.

Ist dagegen schon die Beeinflussung des Dritten misslungen oder erfolglos geblieben, so ist eine versuchte Anstiftung mindestens zu dem Verbrechen des § 159, demnach Anlass zur Anwendung der §§ 49a mit 159 St.G.B. gegeben, soferne die besonderen Voraussetzungen des § 49a vorliegen, Mangels derselben hingegen eine strafrechtlich nicht zu ahndende That.[36]) Um so gewisser ist Straflosigkeit veranlasst, wenn, wie im Falle der vorherigen Beschlagnahme des behufs Anstiftung zur Verleitung geschriebenen Briefes, der zur Verleitung Anzustiftende von der hierauf gerichteten Absicht nicht einmal Kenntniss erhält.

[35]) So auch ein Erk. des bad. Oberhofgerichts vom 17. Mai 1879 (Annalen Bd. 45, S. 195), ferner Oppenhoff, Note 12 zu § 159; Schütze, Lehrbuch § 70, Note 22; v. Liszt, Lehrbuch aa. aa. O.O.

[36]) Zur Zeit der Erlassung des angef. bayrischen Erkenntnisses (15. Mai 1874) existirte der § 49a noch nicht und wäre darum damals nur dann eine Bestrafung auf Grund der §§ 49 und 159 St.G.B. veranlasst gewesen, wenn die Mittheilung von der Verleitungsabsicht zu dem Zwecke, um dieser dadurch zur Realisirung zu verhelfen, erfolgt wäre (s. hierüber weiter unten!).

Nun ist aber ferner denkbar, dass derjenige, welcher einen Anderen zum Meineide verleiten will, diesen seinen *Willen nicht unmittelbar* gegenüber dem zu Verleitenden *zum Ausdrucke* bringt, sondern sich *hiezu* einer Mittelsperson bedient, sei es durch Uebersendung eines Briefes, dessen Inhalt die Mittelsperson nicht kennt oder auch kennt, sei es, dass die Mittelsperson durch mündliche Botschaft oder Erzählung dem zu Verleitenden von dem Verleitungswillen Kenntniss giebt. Bei solcher *mittelbaren* Willensbeeinflussung bleibt derjenige, dessen Verleitungsabsicht an ihre Adresse geleitet wird, selbst „mittelbarer" Thäter aus § 159, die Mittelsperson aber, welche selbst in keiner Weise eine *Beeinflussung* des zu Verleitenden vornimmt und nur mehr oder minder mechanisch zur Unterstützung des Verleiters thätig wird, ist bei Kenntniss der ihr zugetheilten Rolle und Durchführung derselben als Gehülfe des „mittelbaren Thäters" und darum gemäss §§ 49 und 159 St. G. B. strafbar, *ohne* solche Kenntniss aber straflos.[87])

Versagt oder unterlässt hinwiederum die Mittelsperson die ihr angesonnene Theilnahme (durch Beihülfe) an der Verleitung, so kann wiederum die Anwendbarkeit der §§ 49a mit 159 in Frage kommen.

Endlich kann auch noch anderweitige Hülfeleistung zur Verleitung durch Rath oder That Anlass zur Anwendung der §§ 49 und 159 bieten.

Werden, wie vorstehend geschehen, die verschiedenen Fälle genau auseinander gehalten, so wird das Wort „unternehmen" nicht über Gebühr weitgehend interpretirt und doch auch nicht auf die Fälle der unmittelbaren Einwirkung beschränkt, zugleich aber andererseits die Möglichkeit eröffnet, bei geringerer Schuld eine mildere Strafe zu verhängen, wie auch, wenn nach den sonsthin geltenden allgemeinen Grundsätzen, Straffreiheit veranlasst ist, diese eintreten zu lassen.

Als Prüfstein im Widerstreite der herrschenden und der hier vertretenen Anschauung möge schliesslich ein Fall aus meiner Praxis dienen, soweit derselbe für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung von Belang ist.

---

[87]) Letzteres ist zu wenig betont in dem angef. Erkenntniss des Reichsgerichts vom 9. Novbr. 1880.

Die Brüder Franz und Nikolaus Lex von Sch. waren beschuldigt, in einer dunklen Nacht den am Kammerfenster seiner Geliebten stehenden Bauerssohn Philipp Huber von U. gemeinschaftlich misshandelt zu haben, und wussten, dass der Dienstknecht Kaspar Feichtlbauer von B. sich damals in nächster Nähe des Huber befunden sowie alsbald erklärt hatte, er habe sie beide als die Angreifer des Huber erkannt. Um nun das schwerwiegende Zeugniss des gänzlich unparteiischen Feichtlbauer zu beseitigen, wendete sich Franz Lex an einen gemeinschaftlichen Bekannten, den Häusler Alois Neumaier von N., unter dem Versprechen einer Belohnung von 20 M. mit dem Ansinnen, er solle den Feichtlbauer zu der Aussage bewegen, dass er nicht wisse, wer die Angreifer gewesen seien; Neumaier liess sich jedoch hierauf nicht ein. Nun suchten Franz und Nikolaus Lex gemeinsam den Feichtlbauer auf und bedrohten ihn für den Fall, dass er zu ihren Ungunsten aussagen würde, mit Misshandlungen; und Feichtlbauer liess sich in der That durch diese Drohung bestimmen, nach dem Willen der Beiden eine wissentlich falsche Zeugenaussage zu machen und eidlich zu bekräftigen.

Es ist nun selbstverständlich unbestritten, dass die Brüder Lex sich der Anstiftung zu dem von Feichtlbauer geleisteten Meineide schuldig gemacht haben. Hingegen zeigt sich alsbald die Differenz zwischen den beiden Ansichten bei Beurtheilung des Versuches des Franz Lex, den Alois Neumaier zur Verleitung des Kaspar Feichtlbauer anzustiften.

Da die hiebei von Franz Lex aufgewendete Thätigkeit in keinem Causalzusammenhange mit dem von Feichtlbauer schliesslich geleisteten Meineide steht, war dieselbe auch einer selbständigen Betrachtung und Ahndung zu unterziehen.

Nach der hier bekämpften Ansicht machte auf jene Weise Franz Lex sich einer (durch die misslungene Einwirkung auf Alois Neumaier) erfolglos unternommenen Verleitung des Kaspar Feichtlbauer selbst, zu bestrafen nach § 159St.G.B., schuldig, nach der hier vertretenen Meinung hingegen der erfolglosen Aufforderung des Alois Neumaier zur Verleitung des Kaspar Feichtlbauer, strafbar gemäss §§ 49a und 159 St.G.B.

Nun hört es sich wohl ganz gut an, dass Franz Lex einer gelungenen Anstiftung des Feichtlbauer neben einem misslungenen

Versuch der Anstiftung des Neumaier zur Verleitung Jenes beschuldigt wird hingegen ~~sträubt sich das logische Gefühl dagegen~~, ihm neben der gelungenen Anstiftung des Feichtlbauer eine erfolglos unternommene Verleitung desselben zur Last zu legen.

So ermöglicht die hier vertretene Ansicht nicht nur vielfach die schuldentsprechende Ahndung mit Vermeidung von zu harten Strafen, sondern auch in Concurrenzfällen, wie der eben geschilderte, die Vermeidung von inneren Widersprüchen bei Würdigung der Schuldfrage.

Inästimabilität

und

Honorirung

der artes liberales

nach römischem Recht.

Von

Theodor Loewenfeld.

I.

1. Die Griechen waren es zuerst, welche für die Wissenschaft das Postulat aufstellten, dass sie nur um ihrer selbst willen betrieben werden dürfe. Es sind dies dieselben Griechen, unter welchen Du Bois-Reymond[1]) die Leute vermisst, „die bereit waren, für ihr Wissen in entsagender Hingebung zu leben", und welchen andererseits Jhering die Uebertragung des Lohnes auf die Wissenschaft als ein Verdienst um Rom nachrühmt.[2]) Das angeblich nationalrömische Vorurtheil gegen eine mercenäre Wissenschaft, das die Griechen nach Jhering besiegt haben sollen, wurde von ihnen vielmehr getheilt, ja für ihre Wissenschaft erst auf Rom übertragen. Die Griechen, wie die Römer verstanden unter „Inästimabilität" der Wissenschaft auf der Höhe ihrer Cultur und späterhin nicht, was ursprünglich gewisse glänzende „Geschäftsmänner" unter den s. g. Sophisten darunter zu verstehen liebten, und was heute gern und oft darunter verstanden wird: dass man für wissenschaftliche Berufsleistung nie zuviel und nie genug bezalen könne. Ihnen bedeutete die „Unschätzbarkeit" der Wissenschaft im Gegentheile, dass man sie nicht bezalen dürfe, weil es unzulässig sei, Wissenschaft mit Geld unter einen Gesichtspunkt zu bringen, mit Geld zu vergleichen, in Geld abzuschätzen und für Geld hinzugeben (zu „verkaufen"). Die römische Jurisprudenz, welche diese schon in vorrömischer Zeit zu einem Bestandtheil hellenischer Volksmoral gewordene ideale Auffassung sich ange-

---

[1]) Culturgeschichte und Naturwissenschaft. Leipzig 1878. p. 29.

[2]) Zweck im Recht I (2. Auflage) p. 111 ff.

eignet hat, verwandelte das Nicht-Dürfen in ein Nicht-Können, die sittliche in eine rechtliche Unmöglichkeit.

2. Diese Auffassung des Wissenschaftsbetriebes hing in ihren Anfängen wol mit der antiken Geringschätzung der bezalten Arbeit und der bezalten Arbeiter zusammen. Unter der Führung der hervorragendsten Meister erhoben sich aber die wissenschaftlichen, s. g. liberalen, Disciplinen hoch über diesen Standpunkt und zu einer der Natur der Wissenschaft als freier Wahrheitsforschung entnommenen Begründung der Inästimabilität derselben. Es gibt nach antiker Auffassung zalreiche und ausgedehnte Gebiete menschlicher Arbeit, auf welchen eine Verwendung der Arbeitsleistung zum Mittel des Gelderwerbes ohne schädlichen Einfluss auf das Arbeitsproduct bleibt. Wie sich schon aus dem Bedeutungswechsel des Wortes βάναυσος ergibt, das ursprünglich den Feuerarbeiter, dann den Handwerker überhaupt, endlich den entgeltlich Arbeitenden, den Gewerbetreibenden schlechthin bezeichnet, wurde Entgeltlichkeit beim Handwerk als selbstverständlich und als zur Naturerscheinung dieser Arbeit gehörig betrachtet. Den Gegensatz hiezu bildet die wissenschaftliche theoretische und practische Berufsarbeit, welche die Griechen als τέχναι, ἐπιστῆμαι ἐλευθερίαι, die Römer als artes liberales, studia liberalia bezeichnen. Für sie ist den Alten Freiheit von dem Entgeltsmotiv ein wesentliches Merkmal. Für die antike Rechtsauffassung bezüglich des Wissenschaftsbetriebes könnte es nach den im Verlaufe dieser Darstellung anzuführenden Quellen nicht als richtige Unterscheidung dieses Gebietes von demjenigen der Lohnarbeit zugegeben werden, wenn Jhering[3]) sagt, auf dem ersteren habe „das Individuum ausser dem Gelde noch ein anderes Ziel seines Strebens im Auge“, oder es finde auf ersterem „das Motiv seiner Thätigkeit und seine Befriedigung keineswegs ausschliesslich in dem Gelde, sondern noch in etwas Anderem“. Nicht Cumulation des Gewinnstrebens mit einem andern Motiv, sondern nur die völlige Unabhängigkeit von mercenärer Bestimmung kann bei den Alten die Wissenschaft vor Banausie bewahren. Durch Bezalung („Verkauf“) fällt sie der letzteren und damit der Corruption

[3]) Zweck im Recht (2. Aufl.) I 186, 187.

und Fälschung anheim, einer Wesensänderung, die von den Alten nach Art der kirchlichen Simonie [4]) gekennzeichnet wird. Auch diese vernichtet nach den Bestimmungen des Kirchenrechts das verkaufte geistliche Gut. [5]) Wie der Simoniebegriff, so kehrt auch die kirchenrechtliche Unterscheidung der unter das Verbrechen der Simonie fallenden eigentlichen Bezalung geistlicher Güter einerseits und der freiwilligen oder unfreiwilligen Oblationen an die Diener der Kirche [6]) andererseits in der Rechtsgeschichte der antiken Wissenschaft wieder. Dieser dem Alterthum auch sonst sehr geläufige Unterschied ist zu erläutern und soll im folgenden an einer Reihe von Fällen dargelegt werden, bevor wir denselben im Wissenschaftsgebiete verfolgen.

II.

3. Da das Verbrechen der Simonie „durch die Dahingabe und den Erwerb eines geistigen oder kirchlichen Gutes um weltlichen Vortheil begangen" wird, [7]) so können die erwähnten Oblationen weder als freiwillige, noch als unfreiwillige Entgelt für die Spendung kirchlicher Leistungen sein. Sie sollen dem Priester es möglich machen, sein Leben dem Beruf zu widmen, sind also Mittel zum Zwecke der Berufsübung, nicht aber ist die letztere Mittel zum Zweck des Gelderwerbes. „Libere conferantur ecclesiastica sacramenta" schreibt dasselbe Gesetz der Kirche vor, durch welches die Zwangsbeitreibung üblicher Gebühren geordnet wird. [8]) Die letzteren fallen, als zur Sustentation des Priesters als solchen bestimmt, unter den Impensenbegriff, dessen Anwendung allein die „Freiheit" der Berufsübung trotz der an letztere sich anschliessenden Gebühren ermöglicht. Diese Auffassung von dem Verhältnisse des geistlichen Berufes zu den pecuniären Leistungen an die Vertreter desselben trifft jedenfalls auch für das christliche

[4]) Acta Apost. Cap. 8 v. 20.
[5]) c. 29 C I qu. I decreti II., cf. c. 28 eod.
[6]) c. 42 X lib. V tit. III de simonia.
[7]) Richter-Dove, Kirchenrecht § 221.
[8]) c. 42 X de simonia cit.

Alterthum zu. Wenn der Apostel Paulus [9]) unter Hinweis auf göttliche Vollmacht für die Apostel das Recht des Unterhalts in Anspruch nimmt, so ist der Gedanke an Entgelt ferne. Das Gleiche ist aber auch von den priesterlichen Einnahmen des nicht christlichen Alterthums zu behaupten, wie sich insbesondere daraus ergibt, dass die Unentgeltlichkeit der liberalen Berufsübung durch Parallelisirung derselben mit dem Priesterdienste vielfach begründet wird.[10]) Nach Theodor Mommsen [11]) freilich wurden die Vestalinnen „bezalt" und daraus erklärt sich angeblich, warum hier plebejische Namen „so zalreich und so vorwiegend auftreten, während die ihnen gleichstehenden Priester bis in die späteste Zeit vornehm und patricisch blieben." Aber wenn „die im Hause des Königs wohnenden Priesterinnen der Vesta in der Königszeit rechtlich den Töchtern des Königs gleichgeachtet worden" sind, wie Mommsen [12]) andeutet, wenn sie ferner in der Republik „gleichsam durch Adoption in das Hauswesen der Gemeinde eingetreten sind" [13]), daher auch die Gemeinde sie ab intestato beerbt und deren Vertreter, der pontifex maximus, Gewaltrechte über sie ausübt: dann wird das auf Numa Pompilius zurückgeführte „stipendium" der Vestalinnen, das dieselben „de publico" bezogen,[14]) eher mit dem salarium zu vergleichen sein, das der paterfamilias der l. 21 pr. D. 15.3 seiner Haustochter auswirft, das stipendium also nicht Bezalung von Diensten, sondern die Alimentation der Haustöchter des römischen Staates bezwecken. Dass die Vestalinnen bezalt wurden, hat vor Mommsen der Bischof Ambrosius von Mailand behauptet und mit der Unvereinbarkeit von Lohn und Priesterschaft die von Kaiser Valentinian beschlossene Einziehung der Einkünfte der Vestalinnen gerechtfertigt,[15]) zumal die Bezalung nicht einmal ein besonders reichliches Angebot hervorgerufen habe. Gegen diese Auffas-

[9]) I. Brief an die Corinther. Cap. 9. v. 4. 13. 14.

[10]) s. unten III. 13.

[11]) Röm. Staatsrecht II. Band 1. Abth. S. 62. Anm. 1.

[12]) l. c. S. 53.

[13]) l. c. S. 53.

[14]) Livius I. 20.

[15]) Sti Ambrosii epistolarum classis I ep. XVIII in Patrologiae cursus completus, series Latina, acc. Migne, tom. XVI p. 1016 ss.

sung hat der „Heide“ Symmachus protestirt[16]) und die Eigenschaft der fraglichen Bezüge als staatlicher Alimente, durch welche zugleich die öffentliche Rechtsstellung der Vestalinnen gekennzeichnet wurde, energisch behauptet:

> „honoraverat lex parentum vestales virgines ac ministros deorum victu modico justisque privilegiis. Stetit hujus muneris integritas usque ad degeneres trapezitas, qui ad mercedem vilium bajulorum sacrae castitatis alimenta verterunt.“

Es ist bemerkenswerth, dass bei diesem Streit sowohl Ambrosius als auch Symmachus vorauszusetzen scheinen, dass die Einkünfte der Vestalinnen als Priesterinnen nicht Lohn sein dürfen. Sie waren dies in der That ebensowenig, als das Tischgeld, das die Mitglieder der „hochadeligen oder hochkirchlichen Fratria der Arvalen“[17]) erhielten, deren „vornehmen“ priesterlichen Charakter Mommsen anerkennt,[18]) etwa als merces für die Betheiligung bei den sacralen Akten aufzufassen ist. Dass dieses Tischgeld, das aus der Staatskasse bezalt wurde, mit Rücksicht auf die staatsreligiöse Bedeutung der betreffenden Opferschmäuse nach sacralen Grundsätzen erforderlich war, nimmt Mommsen an, indem er auf eine von Zosimos berichtete Aeusserung des römischen Senates verweist,[19]) wonach zur satzungsgemässen Opferfeier die Bestreitung der Kosten derselben aus Staatsmitteln gehörte, wol, weil das Opfer Namens des Staates dargebracht wurde. Auch den Bezügen der Curionen, welche Mommsen (l. c. p. 62 A. 2) unter Betonung der später verringerten Vornehmheit dieses Priestercollegiums erwähnt, kann keine andere rechtliche Bedeutung, was das Verhältniss zu den priesterlichen Funktionen anlangt, beigemessen werden, als dem stipendium der Vestalinnen. Die von Mommsen citirten Worte des Dionysius weisen hier direct auf die Impensenqualität hin: τὰς εἰς τὰ ἱερὰ δαπάνας (= impensas) ἔταξεν αὐτοῖς ἐκ τοῦ δημοσίου

---

[16]) Qu. Aurel. Symmachi epistolarum lib. X ep. LXI in Migne, patrologiae cursus compl. series lat. tom. 18. p. 392 ss.

[17]) Rudorff in Abhandl. der Academie d. Wiss. in Berlin 1865. S. 272.

[18]) l. c. S. 62 Anm. 4.

[19]) l. c. p. 62. Anm. 4 Zosimos 4. 59. μὴ κατὰ θεσμὸν πράττεσθαι τὰ τελούμενα μὴ δημοσίου τοῦ δαπανήματος ὄντος.

δίδοσθαι. Wenn ein Tertullianus[20]) im Kampf gegen das „Heidenthum" die bei sacralen Akten des letzteren üblichen Oblationen an die Tempelkassen als merces bezeichnet, so dürften für die im Alterthum herrschende Rechtsauffassung derartige einer practischen Agitation dienende polemische Aeusserungen von Kirchenvätern nicht als Quellenzeugnisse betrachtet werden, ebensowenig wie man etwa bezüglich der antiken Volksauffassung der Götter selbst und deren „Leistungen" gegenüber der Darstellung Senecas[21]) derjenigen der Lucianischen Satiren den Vorzug geben dürfte, in welchen die Götter als bezalte Functionäre auftreten, die unbegründete Lohnansprüche erheben und sogar die Gewerbefreiheit im Olymp durch Ausschluss ausländischer Concurrenz einschränken wollen.[22])

4. Das im Vorstehenden an dem Musterfall der kirchlichen Oblationen dargelegte Verhältniss von Beruf und Berufseinkünften, das wir auch auf dem Gebiete der Wissenschaft als allein herrschend antreffen werden (unten III ff.) ist dem griechischen wie dem römischen Alterthum geläufig; ja es macht sich dasselbe für die Zeiten der Blüthe wie des Verfalls beider classischen Völker als eine wirthschaftliche Grundlage der Betheiligung der herrschenden Klassen an den staatlichen und gesellschaftlichen Aufgaben geltend. Bezalte Arbeit eines Mitglieds dieser Klassen war als „banaus", „illiberal" bei der von denselben ausgehenden und niemals angefochtenen Verachtung der Banausie eine Unmöglichkeit. Nach Aristoteles[23]) sind die gezwungen Arbeitenden theils Sklaven, theils Banausen: Sklaven die, welche Einem Herrn dienen, Banausen die, welche Jedermann gehorchen. Die Banausen sind Zwangsarbeiter, weil, wer Geld als Lohn annimmt, es dem Geber abarbeiten muss[24]) und von dem-

[20]) Mommsen l. c. p. 63 Anm. 4.

[21]) de beneficiis IV. 25: omnia ista sine mercede, sine ullo ad ipsos perveniente commodo faciunt . . . Gratuitos habemus Deos. cf. l. c. IV. 3—9.

[22]) Luciani opera ed. Lehmann tom. IX. p. 170 (θεῶν ἐκκλησία) tom. VI. p. 221 ss. (Ζεὺς ἐλεγχόμενος) p. 242 ss. (Ζεὺς τραγῳδός) passim.

[23]) Politik, herausgegeben von Susemihl, I. Theil (1879) p. 286 1278a: τῶν δ'ἀναγκαίων οἱ μὲν ἑνὶ λειτουργοῦντες τὰ τοιαῦτα δοῦλοι, οἱ δὲ κοινῇ βάναυσοι καὶ θῆτες.

[24]) Socrates in Xenophons Memorabilien I. 6 § 5.

selben und dessen Launen abhängig wird.[25] Daher ist es ein Kennzeichen des wirklich Freien, kein Gewerbe zu treiben.[26]) Diese Aussprüche des Aristoteles sind nur der treffende Ausdruck einer bis zum Untergang der alten Cultur die Träger derselben beherrschenden Anschauung. Bei Cicero ist die merces der Lohnarbeiter ein auctoramentum servitutis, und opifices omnes in sordida arte versantur. Nec vero quidqam ingenuum potest habere officina.[27]) Seneca eignet sich den Ausspruch des Chrysippus an, dass der Sklave nur ein „lebenslänglicher Lohnarbeiter" sei[28]). Derselbe spricht von viles ex professo artes, quae manu constant, obwol dieselben gerade „ad instrumenta vitae plurimum conferunt"[29]). In Bezug auf dieselben heisst es an gleicher Stelle: in quibus est nulla decoris, nulla honesti simulatio. Bezeichnend ist auch eine Aeusserung des griechischen Hofphilosophen des Kaisers Augustus Nicolaos Damascenos, dass die Unkenntniss der liberalen Disciplinen und die Kenntniss banausischer Fertigkeiten für den Freien gleich schimpflich sei[30]). Im selben Sinn äussert sich der Rhetor Aristides in seiner Polemik gegen die platonische Behauptung, dass die Rhetorik keine Kunst sei: „Ist denn jede Kunst etwas Schönes? Wissen wir nicht, dass viele ihren Meistern nur zur Schande gereichen? Entweder versetze die Handwerker unter die Ehrenmänner, oder tadle die Redner nicht der Kunstlosigkeit halber!"[31]) Wir verweisen statt vieler anderer Citate nur noch auf Lucians Somnium und de mercede conductis, sowie das Wort des Macrobius (saturn. I. 11): nulla . . servitus turpior quam voluntaria.

Die Abneigung gegen die Banausie wird, wie wir sehen, nicht mit der socialen, sondern mit einer moralischen Inferiori-

---

[25]) Aristoteles Polit. V. c. 7 ed Susemihl p. 520.

[26]) ἐλευθέρου σημεῖον τὸ μηδεμίαν ἐργάζεσθαι βάναυσον τέχνην (Aristoteles rhetor. I. 9 p. 1367a.).

[27]) de offic. I. 42.

[28]) de benef. III. 22: servus perpetuus mercenarius est.

[29]) Epist. 88. 17.

[30]) Müller fragmenta historica Graecorum III. 343 ss.: . . ἐπονείδιστον . . τήν τε τοιούτων ἄγνοιαν καὶ τὴν τῶν βαναύσων ἐπιστήμην.

[31]) Aristides ed. Dindorf II. 41: ἑλοῦ γε δυοῖν θάτερον . . ἢ καὶ τοὺς χειροτέχνας ὡς καλοὺς κἀγαθοὺς τιμᾶν, ἢ τούς γε ῥήτορας μὴ ψέγειν εἰ μὴ τέχνην κέκτηνται περὶ ὧν λέγουσιν.

tät der bezalten Arbeit und des bezalten Arbeiters vom Standpunkt des freien Mannes aus begründet. Uebernahme bezalter Arbeit ist den Alten ein Selbstverkauf des Freien und damit eine als unmoralisch betrachtete Aufgabe des angeborenen Freiheitsrechts, sich selbst Zweck zu sein. Wer sich selbst verkauft, bedarf nicht des Ausrufers, bemerkt in bitterer Ironie Lucian [32]).

Diese stolze Moral der herrschenden Klassen schloss die selbstverständliche Forderung in sich, dass die ihnen vorbehaltenen Berufe frei, d. h. nicht entgeltlich geübt werden. Zu diesen vorbehaltenen Berufen gehört aber vor Allem der Antheil am Staatsregiment in der doppelten Gestalt, in welcher derselbe in der Volksversammlung und in der Magistratur sich bethätigt. Die Betheiligung an der von diesen beiden Arten der Staatsgewalt ausgeübten Herrschaft ist nach Aristoteles das Merkmal des Bürgers [33]). Während sich dem Römer diese Staatsherrschaft in den Beruf der Weltregierung erweitert [34]), deren wissenschaftliche Werkzeuge Jurisprudenz und Agrimensur sind, reiht sich nach athenischem Ideal an jene politische Thätigkeit in Krieg und Frieden, die eine praktische ist, die theoretische der Geistesbildung an, welcher der freie Mann zur richtigen Musse bedarf. Diese letztere und die ihr bei entsprechender Vorbereitung entspringende höchste Geistesbefriedigung ist das letzte Ziel des Daseins des Freigeborenen, für welches alles Andere nur als Mittel erscheint, während sie für den Καλοκἀγαθός ihren Zweck in sich selbst hat [35]). Die kriegerische Arbeit hat ihren Zweck im Frieden, die friedliche in der Musse, die allein dem Freien ziemt, dessen Recht und Pflicht ist [36]). Die Arbeit verhielt sich zur Musse, wie das bloss äusserlich Nothwendige zum innerlich und an sich Werthvollen. Daher ist es Aufgabe des Staates,

[32]) de mercede conductis 24, ed. Lehmann III. 260: κήρυκος γὰρ οὐκ ἔδει ἐπ' ἄνδρα ἑαυτὸν ἀποκηρύξαντα . .

[33]) Politik III. 1 § 2 ed. Susemihl p. 262.

[34]) Virgil Aeneis VI. 852: Tu regere imperio populos, Romane, memento, Haec tibi erunt artes.

[35]) Aristot. Polit. VIII 2 § 5 ed. Susemihl p. 492.

[36]) τέλος γάρ, ὥσπερ εἴρηται πολλάκις, εἰρήνη μὲν πολέμου, σχολὴ δ' ἀσχολίας Aristoteles l. c. IV. 13 § 15 ed. Susemihl p. 458. Und weiter: κατὰ γὰρ τὴν παροιμίαν οὐ σχολὴ δούλοις. l. c. p. 458.

durch die Erziehung der Bürger dahin zu wirken, dass sie nicht bloss auf die Arbeit des Krieges und des Friedens sich verstehen, sondern auch und mehr noch auf die richtige Musse[37]). Hiezu gehört aber jene Bildung, die nicht als eine zu praktischem Zwecke unentbehrliche oder nützliche erstrebt wird, sondern nur weil sie edel und des Freigeborenen würdig ist, d. i. die wissenschaftliche[38]). — Die aristotelische Darstellung lässt ersehen, wie mit dem Ideal des freien griechischen Mannes, der in stolzer Unabhängigkeit nur sich selbst, den Freunden und dem Staate dient, das Ideal einer Wissenschaft historisch zusammenhängt, die keinen anderen Zweck kennt, als ihr eigenes Ziel, die Wahrheit.

Den Römern, deren Meisterschaft weniger auf dem Gebiete theoretischer Ansichten, als auf demjenigen practischer Absichten lag, musste die Invasion solcher „gesinnungsloser"[39]) Wissenschaft als ein gefährliches Ereigniss erscheinen, dessen schlimme Folgen ein Porcius Cato[40]) voraussagte, ein Plinius major beklagte[41]) die Reichsregierung aber durch wiederholte Ausweisungen abzuwenden versuchte[41a]. Aber sie kehrte immer wieder und im zweiten Jahrhundert p. Chr. dauernd siegreich zurück, und trat, schon bevor sie unter den Antoninen hoffähig geworden, den einheimischen practischen wissenschaftlichen Disciplinen gleichgeschätzt zur Seite. Ein Ulpian weiss der römischen Jurisprudenz kein höheres Lob zu spenden, als dass auch sie „Philosophie" sei (l. 1 D. 1. 1).

---

[37]) Arist. l. c. p. 452: δεῖ ἀσχολεῖν δύνασθαι καὶ πολεμεῖν, μᾶλλον δε εἰρήνην ἄγειν καὶ σχολάζειν. cf. V. 1. 1 (Susem. p. 484): τῷ νομοθέτῃ μάλιστα πραγματευτέον περὶ τὴν τῶν νέων παιδείαν.

[38]) Pol. l. c. p. 494 ὅτι μὲν τοίνυν ἔστι παιδεία τις ἣν οὐχ ὡς χρησίμην παιδευτέον τοὺς υἱεῖς οὐδ' ὡς ἀναγκαίαν, ἀλλ ὡς ἐλευθέριον καὶ καλήν, φανε ρόν ἐστιν. cf. p. 458.

[39]) Knapp, Rechtsphilosophie. p. 9.

[40]) Bei Plinius hist. nat. lib. 29 c. 1. 7 schreibt Cato seinem Sohn: Dicam de istis Graecis suo loco ... quid Athenis exquisitum habeam et quod bonum sit, illorum literas inspicere, non perdiscere, vincam ... quandoque ista gens suas literas dabit, omnia corrumpet, tum etiam magis si medicos suos huc mittet. Jurarunt inter se barbaros necare omnis medicina et hoc ipsum mercede faciunt ut fides iis sit et facile disperdant. cf. Plutarch. Cato maj. c. 23.

[41]) Plinius l. c. l. 29 c. 1. ss.

[41a]) Dio Cassius 66.13; Sueton. Domitian. 10.

5. Nach Vorstehendem war der Staatsdienst der herrschenden Klassen im Heer, in Volks- und Rathsversammlung und in der Magistratur schon aus subjectiven Gründen ein nicht entgeltlicher. Er war dies aber auch insbesondere aus dem objectiven Grunde, dass die eigene Macht- und Rechtsausübung als solche einer Entgeltung gar nicht fähig war. Die Entgeltsunfähigkeit ergab sich also aus dem Wesen dieses Staatsdienstes, der in den Händen des souveränen Volkes und seiner verfassungsmässigen Gewalthaber kein Dienen, sondern ein Herrschen bedeutete. Derselbe wurde nicht entgeltlich dadurch, dass der Staat die fragliche politische Arbeit und die jederzeitige Widmung zu solcher durch Natural- oder Geldreichnisse ermöglichte oder erleichterte. Dies geschah zum Beispiel in Athen seit Perikles in umfassendster Weise durch den Sold der Krieger, Richter, Redner, Rathmänner, endlich den Volksversammlungssold, welchen „der Herrscher sich selbst bezahlte[42])". In allen diesen Fällen war das rechtliche Verhältniss der pecuniären Leistungen des Staates zu der Berufsthätigkeit, woran sich erstere anschlossen, das oben bei den priesterlichen Oblationen angegebene des Mittels zum Zwecke der betreffenden Berufsübung und zwar schon wegen der andernfalls gegebenen Banausie. Dass das Gleiche auch für die bei wissenschaftlicher Arbeit vorkommenden Berufseinnahmen gilt, ist an späterer Stelle zu zeigen[43]).

6. Auch bei den Römern ist der Staats- und Gemeindedienst des Volks und seiner gewählten Magistratus ein unentgeltlicher[44]). Weder honores noch munera können den Gegenstand eines entgeltlichen Geschäftes bilden[45]). Wenn in Verbindung mit beiden Geld- und Naturalbezüge vorkommen, so sind dieselben nie Entgelt für Dienstleistung, sondern fallen unter den Impensenbegriff.

Dies gilt vor Allem vom Stipendium des Wehrpflichtigen; der Kriegsdienst war bei den Römern seit 348 u. ein munus personale (cf. munus militiae l. 4 § 4 D. re militari 49. 16., εἰς στρατείαν καταλέγεσθαι l. 6 § 8 D. excus. 27. 1.) vorher ein s. g.

[42]) Böckh, Staatshaushaltung der Athener. I. 243.
[43]) unten III. 1 ff.
[44]) Mommsen, röm. Staatsrecht I. 238 ss.
[45]) l. 16 pr. D. de mun. 50. 4.

munus mixtum, d. h. ein auch das Vermögen belastendes (cf. l. 18 pr. § 27 D. mun. 50. 4). Das im Jahre 348 eingeführte Stipendium wurde nicht als Entgelt für den Kriegsdienst aufgefasst, der vielmehr, wie die ins justinianische Recht übergegangenen Excusationen gewisser ordines von der Militia[46]), zeigen bis zuletzt munus publicum blieb. Die für die Einführung des Soldes massgebende Erwägung

> Livius IV. 60: rem familiarem saltem acquiescere eo tempore quo corpus addictum atque operatum reipublicae esset, cf. IV. 59

lässt deutlich die Impensennatur des Stipendiums ersehen.

Ein *weiteres Beispiel* unentgeltlicher Dienstleistung in Verbindung mit Diensteinkünften aus dem Gebiete der munera ist die legatio. Sie ist munus personale, wenn dem Gesandten die Reisekosten durch ein viaticum, hier legativum genannt, ersetzt werden.

> l. 18 § 12 D de mun. 50. 4: legati quoque, qui ad sacrarium principis mittuntur, quia viaticum quod legativum dicitur, interdum solent accipere, . . . personale munus ineunt. cf. l. 18 § 27 eod.: sed ea quae supra personalia esse diximus, si hi qui funguntur, ex lege civitatis suae vel more etiam de propriis facultatibus impensas faciant . . . mixtorum definitione continebuntur cf. l. 7 D. legationibus 50. 7.

Ein drittes Beispiel für das erwähnte Verhältniss bildet die Vormundschaft, welche als tutela wie als cura unter die munera publica gehört (pr. J. 1. 25). Der Gehalt, welcher trotzdem dem Vormund bewilligt werden kann (l. 1 § 6 D 27. 3, l. 33 § 3 D 26. 7), ist niemals Entgelt für den Dienst des Vormunds, „cum gratuitam, certe integram abstinentem omni lucro praestare fidem deberent“ das Gesetz demselben vorschreibt (l. 37 D. 3. 5); es ist vielmehr der Gehalt, wo er vorkommt, als Dienstesauslage erklärt und wird unter denselben in der Vormundschaftsrechnung aufgeführt (l. 33 § 3 D. 26. 7, l. 1 § 6 D. 27. 3). Wenn in der zuletzt citirten Stelle der Gehalt ausdrücklich damit gerechtfertigt wird, dass der Vormund „aliter se exhibere non poterat“, so

[46]) l. 6 § 8 D de excus. 27. 1. . . . . φιλοσόφους, ῥήτορας, γραμματικούς, ἰατροὺς . . . . μήτε εἰς στρατείαν καταλέγεσθαι ἄκοντας.

ist klar, dass der Gehalt rechtlich für den Vormund Mittel zum Zwecke der Vormundschaftsführung ist, nicht aber umgekehrt.

Dass die „Pauschsummen" welche in der Republik römischen Magistratus zur Deckung des Dienstaufwandes unter verschiedenen Namen (vasarium, congiarium, frumentum in cellam) verliehen wurden, nicht Entgelt für die Dienstleistung waren, so wenig wie die fixen Gehälter der Provincialmagistratus der Kaiserzeit, bedarf an dieser Stelle keines Beweises. Auch die Besoldungen der amici, comites, adsessores dieser Oberbeamten sind, wie schon deren Entstehung aus ursprünglicher Naturalverpflegung darthut, von welcher die Namen den Geldanschlägen geblieben sind (cibaria, salaria, annonae, capita) Sustentationen, persönlicher Dienstaufwand, nicht Entgelt des Dienstes [47]).

7. Unter Nr. 5—7 haben wir Fälle öffentlicher Dienstleistung behandelt, deren Unentgeltlichkeit aus dem Wesen derselben als Staatsdienst, als Vertretung des Souveräns und Ausübung der Macht desselben sich ergibt. Auch die zuletzt erwähnten amici und comites üben öffentliche Funktionen, wenn auch nur im privaten Auftrag des eigentlichen Inhabers derselben, aus. Diesen Fällen reihen wir des Gegensatzes halber einen anderen an, bei welchem die nachweisbare Unentgeltlichkeit der Dienstleistung sich nicht auf das dauernde Wesen der letztern selbst, sondern auf persönliche Beziehungen des Leistenden und des Empfängers der Dienste gründet. Wir meinen das Verhältniss der kaiserlichen Finanz-Procuratoren der III. Periode, in welcher Kaiser und Staat noch nicht identificirt sind. Die Erörterung dieses Verhältnisses, das während dieser Zeit ein reines Privatrechtsverhältniss ist, scheint uns nützlich für die zu gewinnende Einsicht in die rechtliche Natur der Sustentationen der aus objektiven Gründen nicht entgeltlichen und daher entgeltsunfähigen Berufe. Die Art der Beziehung der Sustentation zur Berufsleistung ist überall gleich, während die letztere als objectiv der Entgeltung unfähige sich in ihrem Verhalten zu mercenären Bestimmungsgründen erheblich unterscheidet

[47]) Brinz Pandekten, 2. Aufl. II. Bd. § 334 Anm. 13. Mommsen l. c. I 240—248. Friedländer, Sittengeschichte Roms (5. Aufl.) I. 117.

von der lediglich aus subjectiven Gründen unentgeltlichen Leistung, welche bei der Procuratur gegeben ist. Von diesem Unterschied soll später (Nr. 11) die Rede sein; hier dagegen von den bei der Procuratur wie bei jenen objektiv unentgeltlichen Berufsleistungen vorkommenden Sustentationen.

Es handelt sich hier ursprünglich um ein blosses Privatrechtsverhältniss. Denn die kaiserliche Finanzverwaltung ist, wie Mommsen[48]) ausführt, durchaus kaiserliche Privatsache. „Demnach sind die dabei beschäftigten Personen entweder unfreie Leute des Kaisers oder auch in Privatdiensten angestellte Geschäftsführer, procuratores, die eben darum aus demjenigen Stande, der dem Kaiser im Regimente coordinirt ist, nicht genommen werden dürfen“. Diesen Personen also, fährt Mommsen fort, wird keine Gratifikation, sondern ein einfacher Lohn gewährt. Daraus erklärt sich auch, dass hier die Bezalung unverhüllt auftritt, ja sogar die Lohnklassen zugleich die Rangklassen abgeben und die Benennung sich darnach bestimmt[49]). Wir gehen auf diese Behauptungen und die daran geknüpfte Beweisführung ein, weil die Umstände, welche Mommsen zur Annahme einer „unverhüllten Bezalung“ jener Procuratoren führen, in der That geeignet sind, den Schein einer Bezalung hervorzurufen, während sie in Wirklichkeit nachweisbar zur Erscheinungsform der Sustentation gehören und lediglich bestimmt sind, die letztere den verschiedenen Verhältnissen anzupassen, unter welchen eine Sustentation auftritt.

Die Behauptung, dass die Procuratoren „für ihre Mühewaltung ein Aequivalent empfangen“, stützt sich bei Mommsen auf die sociale Rechtsstellung der verwendeten Personen, deren Privatrechtsverhältniss zum Princeps und endlich die Nachrichten des Dio Cassius über die Besoldungen derselben[50]). Wir handeln zunächst von diesen Quellenbelegen.

Dio Cassius (52, 25) soll die Bezalung beweisen, weil er sagt, dass die Procuratoren „μισθόν“ und zwar οἱ μὲν πλείονα οἱ δὲ ἐλάττονα, πρός τε τὸ ἀξίωμα καὶ πρὸς τὸ μέγεθος τῆς πράξεως erhielten.

[48]) l. c. p. 248. cf. O. Hirschfeld, Untersuchungen auf dem Gebiete der römischen Verwaltungsgeschichte I p. 41.

[49]) l. c. p. 248. Hirschfeld l. c. p. 258.

[50]) Mommsen l. c. Anm. 4. p. 248.

Derartige Gehaltsabstufung kommt nun aber auch bei den Provinzialstatthaltern senatorischen Ranges, den consularischen und prätorischen Proconsuln seit Augustus vor[51]), auch sie erhielten nach dem bei Dio Cassius berichteten Rath des Mäcenas μισθόν und zwar nicht gleichen, sondern, wie die Procuratoren, abgestuft nach dem Rang: πλείω μὲν οἱ μείζους, ἐλάττω οἱ καταδεέστεροι, μέσον δὲ οἱ μέσοι[52]), womit wol regelmässig eine gleiche Abstufung des Umfangs des Geschäfts- und Machtbereiches parallel ging, also auch, wie bei den Procuratoren, „τὸ μέγεθος τῆς πράξεως, nicht bloss τὸ ἀξίωμα in Betracht kam. Das Wort μισθός ist kein Beweis für den „Lohn". Μισθός heisst auch das oben erwähnte Taggeld der athenischen Volksversammlung (μισθὸς ἐκκλησιαστικός), die Diät der athenischen Rathsmänner, Richter und öffentlichen Redner (μισθός βουλευτικός, δικαστικός, συνηγορικός[53]). Ebenso wenig wie merces bedeutet μισθός immer den Lohn im eigentlichen Sinne. Dass „Lohnklassen" die Benennung für den Rang abgeben kommt auch in der militia armata vor[54]), während Verschiedenheiten der Geldbezüge je nach dem Range, d. h. nach der Stellung des Salarirten sowohl in der Republik als im Kaiserreich auch auf zweifellosem Gehalt- und beziehungsweise Impensengebiete ganz allgemein sind. Es genügt hier, auf die schon in der Republik nach dem Rang des Magistratus verschieden bemessenen Ausstattungsgelder zu verweisen.[55]) Da, wo die Dienstleistung keine octroirte ist, sondern wie bei den honores der Republik, den höchsten Beamtenschaften des Kaiserreiches, bei den amici und comites der Magistratus und des Kaisers eine frei gewählte und sogar die Zulassung zu derselben als eine Ehrung oder Gunstbezeigung Seitens des Empfängers der Dienste erscheint, musste die Ermöglichung oder Erleichterung der Dienstübernahme

[51]) Mommsen l. c. 241. A. 4.

[52]) Mommsen l. c. p. 241 Anm. 4. Dio Caso. 52. 23; cf. 53. 15, woselbst als Thatsache berichtet wird, dass die fraglichen Beamten nicht ἐκ τοῦ ἴσου behandelt wurden in der Gehaltsfrage.

[53]) Boekh, l. c. 245. 249. 250. 255. — cf. die Anmerkung des Hagiotheodoritus zu l. 1 D. 11. 6 in Basil. ed. Heimb. V. 419. 4: Σημείωσαι ὅτι ὁ μισθὸς τὰ δύο δηλοῖ, καὶ τὸ μίσθωμα . . καὶ τὴν ἀντιμισθίαν ἤτοι τὸ ἀντίδωρον.

[54]) cf. Zell Epigraphik II. S. 316 § 102.

[55]) Mommsen l. c. 240. 241. Hier, wie bei den kaiserlichen Provincialstatthaltern mit fixem Gehalt nimmt M. unentgeltliche Berufsleistung an.

und Dienstführung durch Sustentationen in Natural- oder Geldreichnissen ebenfalls als Gunst, beneficium, munus erscheinen und damit den verschiedensten, liberalen und anderen[56]) Motiven zugänglich werden. So ist das „salarium militiae" ursprünglich jedenfalls als ein dem Gefolge des Feldherrn gewährtes beneficium aufgefasst worden (Cicero ep. ad fam. V. 20.4), es erscheint unter den munera noch im Jahre 238 p. Chr. in der Inschrift von Thorigny (Zell delectus inscript. 1640. 1716), woselbst dem Amicus eines Provinzialstatthalters und kaiserlichen Legaten nachgerühmt wird, dass ihm salarium militiae in auro aliaque munera longe pluris missa seien. Bei den kaiserlichen Gehalten tritt das Ehrungs- beziehungweise Belohnungsmotiv schon in den officiellen Bezeichnungen der Besoldungen und der Besoldungscassen (largitio remuneratio) hervor.[57]) Andererseits ist aber hiedurch das der Besoldung als Sustentation für die Zwecke des Dienstes zukommende Verhältniss zu letzterem, als Mittel des Berufsbetriebes, wie es oben charakterisirt wurde, keineswegs abgestreift. Wenn Kaiser Constantin (in l. 6 C. 10.53 de professor. et med.) den Vertretern wissenschaftlicher Berufe mercedes et salaria bestimmt, „quo facilius liberalibus et memoratis artibus multos instituant", so ist der Gedanke der Erleichterung der freien Berufsübung deutlich ausgesprochen. [Eine Consequenz aus dieser Erleichterung, die Pflicht nicht mercenärer Berufsübung spricht l. 9 C. l. c. aus].

8. Nach dem Vorstehenden beweist die Art der Gehaltsfeststellung bei den kaiserlichen Procuratoren nicht, dass dieselben einen einfachen Lohn erhalten. Dass dies unmöglich ist, ergibt aber ein Blick auf ihre Rechtsstellung als Procuratoren. Es ist bekannt, dass die Kaiser des ersten Jahrhunderts zu Procuratoren zur Verwaltung von Einkünften und Instituten und Führung von Geschäften aller Art Freigelassene verwendeten, nicht anders als gewöhnliche Private.[58]) Nach

[56]) auch gehässigen: cf. Mommsen l. c. p. 240 Anm. 3, 248 Anm. 1.

[57]) cf. l. 23. C 2. 7: Laudabile vitaeque hominum necessarium advocationis officium maxime oportet principalibus praemiis remunerari Ideoque jubemus . . patronos fori Tuae celsitudinis . . . consequi solatium.

[58]) Friedländer Sittengeschichte I. 70. Mommsen selbst l. c. Hirschfeld, l. c. p. 192, 242, 267, 275.

l. 1 § 4 D. 17.1 ist die Dienstleistung des Procurators unentgeltlich: nam originem ex officio atque amicitia trahit. Das „officium" war aber nach Gajus Institutionen-Commentar I. 19 [59]) und nach den von Pernice [60]) zusammengestellten Inschriften sehr häufig officium liberti, die Uebernahme und Ausführung von Mandaten gehörte zu den operae officiales des Freigelassenen, von welchen l. 26 § 12 D. 12.6 sagt: natura operas patrono libertus debet. Das officium, die operae officiales ist der Libertus dem Patron schuldig: l. 4 D. oper. lib. 38.1: perinde enim operae a libertis ac pecunia credita petitur. Daher kann der Patron diese Dienste nicht bezalen. Nicht der Patron kann dem Freigelassenen, sondern nur dieser letztere dem ersteren die operae abkaufen (ablösen): l. 22 § 1 i. f. D 38.1, l. 32 § 1.2. D. 40. 9., l.6 § 1 D. 37.14, l. 1 § 4—12, l. 2 § 2 D. 44.5, l. 5 § 21 D. 25.3, l. 25 D. 38.1; l. 1. 3.[61]) C. 6.3).

Das officium ist als solches unentgeltlich zu prästiren: suo victu vestituque operas praestare debere libertum Sabinus . . scribit; quod si alere se non possit, praestanda ei a patrono alimenta. Der Patron darf dem Libertus im Dienste keine ungebührlichen Zumuthungen machen (l. 15 pr., l. 16 § 1, l. 17. 23 § 1, l. 26 pr., l. 50 § 1 D. 38. 1), insbesondere ihn nicht hungern lassen, er muss ihn entweder alimentiren, oder zum Erwerb des Nöthigen ihm freie Zeit gönnen (l. 19. 20 D. 38. 1). Aber weder Alimente, noch das diese häufig vertretende Salar[62]) sind Bezalung, Entgelt des Dienstes, ihr Verhältniss zum Dienste ist vielmehr rechtlich das des Mittels zum gleichen Zwecke für beide Parteien.

Auch ausserhalb des Officium liberti, wo sie also auf „amicitia" regelmässig beruht, die in Rom nicht blos als kaiserliche

---

[59]) justa autem causa manumissionis est . . si quis . . servum procuratoris habendi gratia manumittat.

[60]) Antistius Labeo I p. 492 A. 19.

[61]) Das ut pro operis aliquid praestetur dieser Stelle versteht Hefke Arch. f. pract. R.-W., N. F. B. 14. p. 65 von einer Zalung der Dienste durch den Patron, während es umgekehrt eine Zalung des Libertus an den Patron „für" d. h. anstatt der Dienste bedeutet. Die Ablösung darf nicht contra legem Aeliam Sentiam verstossen. Cf. die cit. Stellen im Texte.

[62]) l. 10 § 9 D. 17. 1, l. 56 § 3 D. eod., l. 41 § 6 D. fideic. lib. 40. 5, cf. l. 4 pr., 16 § 1, l. 19 D. al. leg. 34. 1.; l. 10 § 3 D. ann. leg. 33. 1.

Hofstellung, sondern als Titularverhältniss auch sonst häufig war (cf. Seneca benef. VI. 33), ist die Procuratur rechtlich unentgeltlich (l. 1 § 4 D. 17. 1 cit.), und ebenso kann auch hier die vom Entgeltsmotiv rechtlich freie Widmung zu dem Dienste eines Anderen von letzterem durch Alimente oder Salar erleichtert werden; eine Verpflichtung hiezu besteht nicht[63]) und es versteht sich von selbst, dass unter den verschiedenen Motiven, welche auf die willkürliche Salarfestsetzung von Einfluss waren, die Rücksicht auf den Umfang des Geschäftes[64]) und die Bedürfnisse standesmässigen Lebens hervortraten, besonders wo die Procuratur nicht eine zeitweilige, sondern eine dauernde und die ganze Kraft des Mannes beanspruchende war, wie dies in den Häusern reicher Herren und Damen[65]) häufig vorgekommen zu sein scheint. Auch dann war das Verhältniss rechtlich ein unentgeltliches, das Salar nur das Mittel, dem „Freund, Rathgeber und Vertrauten" [66]) den von ihm zu leistenden Dienst zu ermöglichen, nicht aber selbst Zweck für Jenen. Der „uneigennützige", der „schöne" Hausfreund[67]), — in republicanischer und kaiserlicher Zeit eine ständige und etwas zweideutige Begleitung in der Gefolgschaft reicher Frauen und deren Eheherren, das Thema satirischer Dichtungen, strafprozessualer Uebungen der Rhetorschulen, der Mahnungen heidnischer und christlicher Moralprediger,[68]) endlich der Sternconstellationen von Astrologen und Traumbuchverfassern,[69]) — beweist in seiner Gesammterscheinung die rechtliche Unentgeltlichkeit des Verhältnisses.

Auch die Procuratoren in dem immer gewaltiger werdenden Hause des Kaisers, deren Funktionen regelmässig lebenslängliche waren, hatten von Anfang an keine andere Rechtsstellung, als die eben dargelegte der Procuratoren der Privatleute, und sie bezogen eben desswegen nicht Lohn, sondern Salar, ob-

[63]) Daraus dürften l. 56 § 3 D. 17. 1, l. 17 C. 4. 35 sich erklären.

[64]) l. 7 D. 17. 1.

[65]) l. 10 pr. l. 13 pr. D. 33. 1.

[66]) Friedländer l. c. p. 419.

[67]) Der auch im Hause wohnt, wie der amicus fidelissimus der Dame in l. 10 pr. D. 33. 1.

[68]) Friedländer l. c.

[69]) Firmicus Maternus de mathesi (um 354) III. c. 7. 14; IV. 2. 6. 12.

gleich das letztere in der erwähnten Weise nach dem Umfang und der Art ih'res Dienstzweiges sich abstufte. Auch im Officialverhältniss ist die Festsetzung von Alimenten und Salar über die absolute Lebensnothdurft hinaus eine willkürliche und denselben Motiven, wie im Verhältniss der „amicitia“ [70], anheimgegebene, daher auch der animus remunerandi von Einfluss ist. Wenn derselbe aber auch auf das Mass des Salars einwirkt, so kann er doch dessen rechtliche Natur nicht verändern, die sich aus derjenigen der Dienstleistung ergibt. Entspringt die letztere dem officium, so deckt dieses officium den Dienst, wie gross oder klein er ist, derart, dass eine Bezahlung desselben nicht möglich erscheint, so wenig wie der Dienst eines Sklaven vom eigenen Herrn zum Gegenstand einer Vergeltung gemacht werden kann. Die Unterscheidung, welche Seneca [71]) beim Sklavendienste zwischen einem pflichtmässigen ministerium und einem freiwilligen Dienste macht, der servilis officii formulam excedit ist dem Leben bekannt, dem Rechte, das nur eine einfache opera servorum kennt, unbekannt.

9. So verschiedenartig nach ihrer rechtlichen Construction und Bedeutung die im Bisherigen betrachteten Arten antiker unentgeltlicher Berufsübung auf dem Gebiete des öffentlichen und des Privatrechtes sind, so gleichartig erscheint, diess ist das Ergebnis der bisherigen Darlegung, das Verhältniss derselben zu den sich an sie anschliessenden pekuniären Bezügen construirt. Ueberall sind die letzteren für die sämmtlichen an der Berufsübung als Leistende und als Empfänger betheiligten Personen lediglich Mittel zum Zweck der Berufsübung, nie letztere Mittel zum Zweck des Erwerbes jener Bezüge. Während beim Tauschgeschäfte für jede Partei ihre Leistung nur Mittel zum Zweck der Erlangung der Gegenleistung ist, wird hier eine und dieselbe Leistung von beiden Parteien als Zweck vorgestellt und gewollt, und die dieser scheinbar gegenüber stehende Leistung von beiden Parteien als Mittel jener anderen vorgestellt und gewollt. So ist im Verkehr zwischen Priester und Gläubigen die priesterliche Leistung, die Spendung des geistlichen Guts

[70]) Auch die „amici“ haben verschiedenen Rang, s. die amici primae und secundae admissionis bei Seneca ben. VI. 33 u. vergl. Friedländer l. c. I. 119.

[71]) de benefic. III. 21.

von beiden Parteien an sich, unmittelbar als Zweck gewollt; die Bezalung der etwa sich hieran anknüpfenden Gebühr darf von dem Priester nicht als Zweck der eigenen Leistung, sondern nur als Mittel der Ermöglichung derselben, als Berufsermöglichung, aufgefasst werden; und dieselbe Betrachtungsweise hat auch der Empfänger der priesterlichen Berufsleistung an diese und an seine eigene Zalung anzulegen. Die letztere darf und kann er sich als „Mittel“ nur in dem Sinn vorstellen, in welchem es Seitens des Priesters geschieht, nicht aber etwa als Mittel in der Bedeutung, in welcher beim gegenseitigen Geschäfte die Vorstellung des Mittels auftritt, als eines Motors, welcher die Gegenpartei zu ihrer Leistung veranlasst. Würde der Empfänger der priesterlichen Leistung sich seine Zahlung in dieser letzteren Weise, als Mittel zum Zwecke der Erlangung des geistlichen Gutes, vorstellen, so hätte er in der That dieses Gut als Gegenleistung gedacht, also einzutauschen gegen die eigene Leistung beabsichtigt und damit den ganzen zweiseitigen kirchlichen Vorgang für seine Person in einen entgeltlichen verwandelt. Nach den canonischen Normen betreffend die Simonie vernichtet er hiedurch mit der Leistung des Priesters auch seine eigene an diesen letzteren, da die zum unerlaubten Zwecke erfolgte Leistung nicht mehr als Leistung an den Priester als solchen gelten kann, vielmehr kirchenrechtlich eine „verlorene“ ist.[72])

Die im Vorstehenden dargelegte psychologische Construktion des normalen Verhaltens der Parteien des kirchlichen Verhältnisses ist auf die anderen besprochenen Berufsarten und Funktionen analog anwendbar; was aber die rechtlichen Folgen des Auftretens des Entgeltmotivs bei denselben betrifft, so ist hier zu unterscheiden zwischen den Leistungen der Berufe, welchen die Entgeltsunfähigkeit wesentlich ist, einerseits, und den an sich entgeltlichen und nur in Folge persönlicher Beziehungen und Beliebungen unentgeltlichen Berufsleistungen andererseits. Diese oben zu 7 bereits angedeutete Unterscheidung ist unten zu 11 des Näheren mit ihren Rechtsfolgen ausgeführt. Hier ist

---

[72]) Acta apost. Cap. 8 v. 20. Τὸ ἀργύριόν σου σὺν σοὶ εἴη εἰς ἀπώλειαν, ὅτι τὴν δωρεὰν τοῦ Θεοῦ ἐνόμισας διὰ χρημάτων κτᾶσθαι.

noch der thatsächlichen Wirkungen zu gedenken, welche bei entgeltsunfähigen Berufen das Auftreten des mercenären Motivs mit sich bringt.

10. Es ist eine Erfahrungsthatsache, dass wir Manches, was wir ursprünglich als Mittel begehren, später an sich und unmittelbar begehren. Es kann auf diese Weise geschehen, dass manches Mittel als Zweck begehrt wird, nachdem das Begehren seines ursprünglichen Zweckes ganz oder theilweise erloschen ist.[73]) In einem Fall aber kann das Begehren des Zweckes nicht erlöschen, wenn gleich das Begehren des Mittels so übermächtig geworden ist, dass es womöglich unmittelbar, ohne den Zweck, erstrebt, d. h. selbst zum Zweck erhoben wird: Dann nämlich, wenn es rechtlich oder social an den bisherigen Zweck gebunden und ohne diesen unerreichbar ist; dann wird es dahin kommen, dass sich das Verhältniss der beiden Gegenstände des Wollens umkehrt, was Zweck war, nur mehr als Mittel, das Mittel dagegen nun als Zweck begehrt wird.

Dieser Umkehrung, als einer von Einzelnen und von vielen Einzelnen innerlich vollzogenen, sind alle von uns betrachteten entgeltsunfähigen Verhältnisse ausgesetzt. Ein hervorragendes historisches Beispiel bildet die gegen das athenische Volk erhobene Klage, dass es, durch die Schuld des Perikles, aus freier politischer Arbeit zum politischen Lohndienst sich erniedrigt habe,[74]) eine Klage, zu welcher die Aeusserung des Isokrates[75]) stimmt, dass der vom Sold lebende Theil des Volkes gezwungen sei, sich vollständig den Rednern anheimzugeben, welche ihm diesen Sold verschaffen und erhalten. Es war also der Volksversammlungssold, die democratische Einrichtung, welche dem Volke als Mittel zur möglichst allgemeinen und intensiven Betheiligung am Staatsregiment dienen sollte, selbst Zweck, die Antheilnahme an den Arbeiten des Staates aus einem Zweck zum Mittel zur Erlangung jener Bezalung geworden. Diese Umkehrung war, wie die vielbeklagte Wirkung derselben auf die Qualität der

---

[73]) W. Volkmann von Volkmar, Lehrb. der Psychologie II. p. 1441 (1876).
[74]) Plato Gorgias 515.
[75]) περὶ Εἰρήνης 129. ed. Blass I 202.

politischen Leistungen des Volkes zeigt, keine gleichgiltige, sie widersprach dem Wesen des Staats und des staatlichen Berufs des Volkes. Etwas als Mittel wollen, heisst es bedingt wollen, und dies ist identisch mit an sich und für sich selbst nicht wollen. Für das Volk gehört aber der Staat als seine eigene Organisation, und mit ihr die Staatszwecke, zu den Dingen, die an sich gewollt werden müssen, deren Wollen überhaupt nicht durch Bedingungen und Umstände verclausulirt werden kann, ohne Selbstaufgabe oder nach griechischem Ausdruck, ohne Banausie, welche, wo sie das Volk in seiner Gesammtheit ergreift, mit dem Untergang der Freiheit — wie beim Einzelnen — identisch ist. Daher auch nach Aristoteles der banausische Beruf unfähig zu politischer Arbeit macht.[76])

Was vom Berufe des Volkes, das gilt auch von dem Amte seiner gewählten Magistrate, seiner Rathmänner, Richter, Feldherrn. Die Berufsleistungen dieser aller gehörten zu denjenigen, deren Erfüllung durch Rück- und Absichten auf Anderes als das Ziel selbst gefährdet und beeinträchtigt werden. Mit dem Kriegsdienst aber vergleicht nicht bloss der Apostel Paulus, sondern auch Socrates[77]) seinen Beruf, die von ihm selbst in den Schlachten bei Potidaea, Amphipolis und Delion tapfer erfüllte Pflicht des Soldaten mit der Pflicht zur Tapferkeit, zum selbst- und rücksichtslosen Ausharren auf dem von dem delphischen Apollo ihm angewiesenen Posten im Kampfe für die Wahrheit und gegen die Unwahrheit. So reiht sich im Gedankengange der Alten das Streben nach Wahrheit als einem an sich zu begehrenden Gut der Pflege jenes anderen höchsten Gutes, des Staates, an.

11. Die bisherige Erörterung schied uns ein Arbeitsgebiet, auf welchem aus sachlichen Gründen nur die Rücksicht auf das Ziel der Arbeit herrschen darf, von einem anderen, auf welchem solche Ausschliesslichkeit der Hingabe nicht erforderlich ist. Die diesem letzteren Gebiete angehörenden Arbeitsarten bilden Gegenstände des Tauschverkehrs, soweit dieser die lebendige Kraft des Menschen in seinen Bereich zieht. Aber auch diese

[76]) Polit. VIII. 2 § 1.

[77]) Apologie, 17 E.

regelmässig entgeltlich betriebenen, als Erwerbszweige organisirten Berufe können eine unentgeltliche Verwerthung finden; wo dies geschieht, beruht die Unentgeltlichkeit auf persönlicher, nicht auf sachlicher Grundlage; der Grund der Unentgeltlichkeit ist nicht in dem historischen Wesen der betreffenden Arbeitsart selbst, für welche vielmehr hier die Bezalung selbstverständlich ist, sondern in zufälligen Beziehungen zwischen dem Leistenden und dem Empfänger der Arbeitsleistung gelegen. So können operae locari solitae Gegenstand eines Mandates werden, indem sie unentgeltlich geleistet werden. Die begriffliche Unentgeltlichkeit des Mandates aber ruht auf der rein persönlichen Grundlage des „officium", insbesondere officium liberti, und der „amicitia", nicht auf sachlicher Unvereinbarkeit der mandirten Arbeit selbst mit Bezalung derselben:

> Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.[78])

Dem Auftreten der merces steht also seitens der Arbeit Nichts im Wege, nur von officium kann nicht gleichzeitig die Rede sein; officium und merces schliessen sich gegenseitig aus. Dieselbe Arbeit kann nicht durch beide zugleich bestimmt werden, aber entweder durch das eine oder durch die andere:

> „et ut generaliter dixerimus: quibus casibus sine mercede suscepto officio mandati aut depositi contrahitur negotium, his casibus interveniente mercede locatio et conductio contrahi intelligitur." [79])

Der Gegenstand des Mandates scheint hienach nicht als der Art nach verschieden von demjenigen der locatio-conductio von den Römern aufgefasst worden zu sein.[80])

In l. 1 § 4 D. 17.1 cit. wird einer Naturverschiedenheit der Leistung des Mandatars und des Dienstvermiethers nicht gedacht. Die Unterscheidung beider Contractsverhältnisse wird vielmehr lediglich auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer pecunia „interveniens" (in § 3 J. 2.26 merces interveniens)

[78]) l. 1 § 4 D. 17. 1.

[79]) § 13 J. 3. 26.

[80]) Dagegen Brinz, Pandekten II. Auflage 2. Band § 334 zu Note 4 u. 5.

abgestellt und dies setzt Entgeltsfähigkeit als gemeinsame Eigenschaft voraus. Dass aber das erwähnte Unterscheidungsmerkmal in der That das einzige ist, ersehen wir daraus, dass dieselben „gemeinen" und rechtlichen Geschäfte sowohl durch Mandat als auch durch locatio-conductio übernommen werden können.

Die Ausführung gewöhnlicher Handwerksarbeit kann zweifellos durch locatio-conductio, wie durch Mandat übertragen werden, wie denn in der oben erwähnten Institutionenstelle als Exempel eines Geschäftes, das durch Mandat oder locatio-conductio vergeben werden kann, das des Kleiderreinigers und Flickschneiders genannt wird.[81]) Aber auch die Besorgung von Rechtsgeschäften kann durch Mandat wie durch locatio-conductio übernommen werden: cf. l. 22 § 1 mand. D. 17.1. einerseits und l. 19 § 1 D. praescr. v. 19.5 andererseits. (Die Annahme, dass auch im Alterthum die Besorgung von Rechtsgeschäften auf eigene Gefahr und Rechnung von Bankiers gegen Entgelt gewerbsmässig betrieben wurde, dass dieselben zum Beispiel, um einen Hauptfall des heutigen Bankgeschäfts zu erwähnen, gegen Deckung und Bezalung Bürgschaften (der heutige Acceptcredit) gewerbsmässig übernahmen, dürfte mehr als wahrscheinlich gemacht werden können).

Das Mandat wie die locatio-conductio scheinen hienach gemeinschaftlich Leistungen vorauszusetzen, für welche im eigentlichen Sinn bezalt werden kann;[82]) je nachdem Bezalung wirklich pactirt wird oder nicht, ist das eine oder das andere Geschäft vorhanden.[83])

Ganz anders verhält sich das römische Recht gegenüber jenen Arbeitsarten, deren Unentgeltlichkeit in dem Wesen der Arbeit selbst, wie es im Alterthum entwickelt war, begründet ist. Da die merces hier der Natur der Leistung zuwiderläuft, so kann sie überhaupt nicht auftreten; ein Miethvertrag über priesterliche, obrigkeitliche, richterliche Berufsübung ist eine

[81]) l. c.: et ideo si fulloni polienda curandave vestimenta dederis aut sarcinatori sarcienda nulla mercede constituta neque promissa, mandati competit actio.

[82]) contra Seuffert, pract. Pandektenr. IV. Aufl. 2. B. § 334 Text zu Note 2; Hefke im Archiv für pract. R.W. N. F. Bd. XIV. S. 161 Nr. 2.

[83]) Die aus l. 22 D. 19. 5. sich ergebende Modification dieser Alternative ist hier der Kürze halber übergangen.

rechtliche Unmöglichkeit und wo ein solcher als Thatsache erscheinen würde, nimmt das Recht von derselben nur etwa insofern Kenntniss, als es mit der Schärfe seiner Strafen gegen diejenigen vorgeht, welche das Factum verbrochen haben, und weiter es fraglich wird, ob überhaupt eine Leistung des Berufes, z. B. des Richters, vorliegt. Wir erinnern hier nur beispielsweise an die leges repetundarum[84]) des weltlichen, die Simoniebestimmungen des geistlichen Rechts. Nicht aus persönlichen Gründen, sondern aus sachlichen, des Berufes selbst halber, der mercenäre Bestimmung nicht verträgt, kann hier von Entgelt keine Rede sein. Hier ist anwendbar, was l. 1 pr. D. si mensor 11, 6 vom Mensor sagt: „non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi." Einer „solchen Person", d. h. von solchem Berufe ist die locatio-conductio verschlossen, die Leistung nur als beneficium möglich, das beneficium hier also nicht aus zufälligen persönlichen Beziehungen zum Empfänger, sondern aus dem Wesen des Berufes abgeleitet und die einzige Form der Uebung des letzteren. — In deutscher Sprache ist es ungenau, hier von unentgeltlicher Leistung zu reden, da der Begriff der Unentgeltlichkeit die Fähigkeit der Entgeltung in sich schliesst, während die fraglichen Berufsarten sich gegen Entgeltung der Berufsleistung überhaupt ausschliessend verhalten. Aus diesem Grund sind dieselben, wie der locatio-conductio, so auch dem Mandate entzogen, da nach Obigem das letztere eine unentgeltliche Leistung im strengen Sinn, d. h. eine an sich der Bezalung fähige voraussetzt. Während dies bezüglich des Priesterberufes, der Magistratur, des Richteramts und der übrigen hier behandelten öffentlichen Berufe keines Beweises bedarf, haben wir solchen bezüglich des Berufes der Wissenschaftspflege zu erbringen. Zu diesem kehren wir nun zurück.

---

[84]) l. 3 D. 48. 11: lege Julia repetundarum tenetur, qui, cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob judicandum vel non judicandum decernendumve acceperit; l. 4 eod.: vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret.

III.

12. Die antike Vorstellung der Inästimabilität der Wissenschaft wurde oben (I. 2) mit der kirchenrechtlichen Unverkäuflichkeit des geistlichen Gutes verglichen. Der Grund der letzteren wird in der Apostelgeschichte angegeben, woselbst der „Magier“ Simon die Wunderkraft der Apostel kaufen will und die Antwort erhält: Τὸ ἀργύριόν σου σὺν σοὶ εἴη εἰς ἀπώλειαν, ὅτι τὴν δωρεὰν τοῦ Θεοῦ ἐνόμισας διὰ χρημάτων κτᾶσθαι.[85]) In ähnlicher Form tritt die Vorstellung der Würde der Wissenschaft bei den Alten auf. Die Wissenschaft ist „von Gottes Gnaden“.[86]) Die zwei herrlichsten Güter, die dem Menschen von den Göttern verliehen worden, sind nach Pythagoras der Sinn für die Wahrheit und das Wohlthun, und beides ist mit dem Wirken der Götter selbst vergleichbar.[87]) Aehnlich bezeichnet Seneca die Fähigkeit zur Forschung als Gottesgabe.[88]) Dichterstellen, welche dieselbe Auffassung von dem Ursprung der geistigen Berufe wiedergeben, hat im zweiten Jahrhundert p. Chr. der Rhetor Aristides zusammengestellt.[89]) In öffentlichen Lobreden auf die Götter war nach den antiken Lehrbüchern der Rhetorik anzugeben, welche Kunst oder wissenschaftliche Disciplin den zu Preisenden als Vorsteher hatte.[90]) Ausführungsbeispiele bietet der Rhetor Aristides, der für die Rhetorik den Hermes als Urheber nennt. In den Briefen des Kaisers Julian findet sich die Bemerkung, dass die Heilkunst nach der Erklärung der Philosophen vom Himmel herabgesendet worden.[91]) Dem Hippocrates selbst wurde die Antwort auf eine Einladung zu ärztlicher Wirksamkeit in einer Stadt zugeschrieben: Nicht der

---

[85]) Act. Apost. VIII. 20.

[86]) θεῶν χάριτας nennt sie der Verfasser der pseudohippocratischen Briefe Hippocrates ed. Littré IX. 326. Nach Mullach, Democriti fragm. p. 75 sind diese Briefe ins 3. Jahrh. v. Chr. zu setzen.

[87]) Aelian. ποικίλη ἱστορία 12. 59.

[88]) Epist. 90. 1: cujus (philosophiae) scientiam nullo dederunt, facultatem omnibus.

[89] in der 1. Schrift gegen Plato ed. Dindorf II. p. 27 ss.

[90]) Rhetores Graeci, rec. Spengel III. 5 i. f.: ἐπὶ ποίας τέχνης λέγεται (ὁ θεός).

[91]) ἐξ οὐρανοῦ πεφοιτηκέναι Jul. Imperat. ep. ed. Heyler p. 133 ep. 64.

Einladung, sondern dem Rufe der Götter und der Natur leiste er Folge.[92]) Demgemäss weist er auch ein Honoraroffert der Stadt zurück mit der Bitte, „dem freien Beruf die Freiheit der Uebung zu gönnen: ἐᾶτε ἐλευθέρης τέχνης ἐλεύθερα τὰ ἔργα.[93])

Dieselbe Vorstellung deuten Stellen an, in welchen die Ausübung wissenschaftlicher Berufe als Gottesdienst, ihre Vertreter als Priester oder Eingeweihte, ihre Erlernung als Einführung in heilige Mysterien, ihr Schauplatz als Tempel, Götterhain, Altar bezeichnet wird. Socrates nennt seine Thätigkeit im Gorgias (521) den wahren Staatsdienst, in der Apologie des Plato, nicht im Widerspruch hiemit, Dienst des pythischen Apollo (τοῦ θεοῦ λατρείαν 23 C. i. f.).

Im hippocratischen „Gesetz" wird die medicinische Wissenschaft als eine heilige Sache bezeichnet, die nur den Einzuweihenden mitgetheilt wird.[94]) Wenn übrigens hier zugleich von „Mysterien der Wissenschaft" (ὀργίοισιν ἐπιστήμης) die Rede ist, so ist dies nur rhetorische Form, da zu des Hippocrates Zeit die Medicin bereits in den Händen „profaner" Aerzte war. Aber der Gebrauch dieser Form ist von Bedeutung für die Auffassung des Berufes. Dasselbe ist zu sagen, wenn Seneca (ep. 103) zum Eintritt in das sacrarium der Philosophie auffordert, wenn er den Inhalt des sacramentum philosophiae angibt (ep. 37); oder wenn Ulpian vom ingressus sacramenti der Jurisprudenz spricht [95]) oder von „Priestern des Rechtes." [96]) Derselbe Ulpian begründet die „Priesterwürde" nicht etwa theologisch, sondern mit dem Wesen der Jurisprudenz als Wissenschaft oder, wie er sagt, als „wahrer" Philosophie: Justitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab

---

[92]) Littré IX. 326: πρὸ ὑμέων ἐγὼ νῦν φύσει καὶ θεοῖς ὑπακούων σπεύδω ἰήσασθαι. cf. A. 86.

[93]) Littré l. c.

[94]) Νόμος c. 5 ed. Littré IV. 642: τά δὲ ἱερὰ ἐόντα πρήγματα ἱεροῖσιν ἀνθρώποισι δείκνυται. βεβήλοισι δὲ, οὐ θέμις πρὶν ἢ τελεσθῶσιν ὀργίοισιν ἐπιστήμης. Hieher vergl. den ὅρκος der Aerzte, Littré IV. 628: Ὄμνυμι Ἀπόλλωνα ἰητρὸν καὶ Ἀσκληπιὸν cett. Hier werden die Götter nicht bloss rhetorisch angerufen.

[95]) l. 1 § 5 D. 50. 13, wo Bremer unnöthigerweise „sacrarii" emendiren will; cf. ingressus contractus in l. 7 § 5 D. 2. 14 (Ulp.)

[96]) l. 1 § 1 D. 1. 1: cujus merito quis nos sacerdotes apellet.

illicito discernentes,... veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes. Die „Civilis sapientia" ist ihm „res sanctissima", aber pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda[97]). — Judicem, qui antistes Iustitiae est, oportere esse gravem, sanctum heisst es bei Gellius (N. Att. 14.4.). Als „Priester der Gerechtigkeit" ruft auch Symmachus die Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius an, da er als Vertheidiger der Vestalinnen auftritt.[98])

Der Lexicograph Julius Pollux nennt in seinem dem Kaiser Commodus gewidmeten Werk (Onomasticon IV c. 1 nr. 2) die wissenschaftlichen Berufe τέχναι ἱερώτεραι, als einzelne Disciplinen solcher Art Grammatik, Rhetorik, Dialektik, Astronomie, Geometrie, Medicin. Den Lehrstuhl des Philosophen Plotinos, eines in Rom docirenden Neuplatonikers, nennt dessen Biograph Eunapius [99]) „Altar" der Wissenschaft. Der Sophist und Sekretär Kaiser Julians Himerius gebraucht für alle Beziehungen seines Unterrichtes dem Götterdienste entlehnte Bezeichnungen.[100]) Sein Hörsaal ist ein Heiligthum des Apollo, der Athene, der Musen; seine Hörer μύσται und ἐπόπται, sein Vortrag τελετή (or. 1. 3. 12. 22.). In der or. 21. heisst Zeus ὁ μέγας ἐν τῷ οὐρανῷ σοφιστής. Der Zusammenhang der so im priesterlichen Gewand auftretenden hohen Auffassung der Wissenschaft mit der Forderung des nicht entgeltlichen Betriebes ist bei Himerius mehrfach zu erkennen. So in or. XXII. 1, wo er den Arbeitsernst des berufsfreudigen Lehrers der Schauspielerart der auf Gelderwerb umherziehenden Sophisten gegenüberstellt. So in der schwungvollen Inauguralrede. (or. XVIII), woselbst er von sich sagt, die Liebe zum Beruf habe ihn auf das Leben in goldbedeckten Palästen, auf Reichthümer und gewöhnlich hochgehaltene Ehren verzichten lassen.[101])

Während bei Himerius das „Priesterthum der Wissenschaft"

---

[97]) l. 1 § 52 D. 50. 13 cit.

[98]) Epist. l. X. ep. 61 in Migne l. c. t. XVIII. p. 390.

[99]) Eunapius ed. Boisonade p. 455.

[100]) Himerii declamat. quae supers. em. Fr. Dübner, p. 28 ss.

[101]) ed. Dübner p. 84. ὦ Μουσῶν καὶ Ἑρμοῦ τέμενος! Σὲ ποθῶν ἐγὼ κα ἀσπαζόμενος χαίρειν μὲν εἶπον χρυσοστέγοις αὐλαῖς, χαίρειν δὲ πλούτῳ καὶ τιμαῖς, ἃς ὁ πολὺς ἀνθρώπων ὄχλος ἀσπάζεται!

der Ausdruck der Entgeltsunfähigkeit der letzteren ist, benützt Kaiser Julian selbst dasselbe zu politischen Aktionen. Er schliesst die Auditorien der **christlichen** Professoren der Grammatik, Rhetorik und Sophistik (πολιτική σοφία) mit der Begründung: die alten Dichter, Historiker, und Redner hätten die Götter als den Ursprung aller Bildung und sich selbst als deren geweihte Priester betrachtet; wer jene Götter nicht anerkenne, dem fehle der Beruf, die Werke dieser zu erklären. Wollten die betroffenen Professoren trotzdem hiemit fortfahren, so sei dies das Geständniss, dass es von ihnen nur auf Gelderwerb durch die Wissenschaft abgesehen sei, also auf einen moralisch verwerflichen Zweck,[102]) der keine staatliche Anerkennung verdiene. — Christliche Kaiser haben dieselbe logische Erwägung, in etwas stärkerer Weise ausgedrückt, zur Rechtfertigung der Schliessung der Hörsäle **heidnischer** Professoren und der Einziehung der Gehälter derselben verwendet. So wird in l. 10 C. 1. 11 (der Krügerschen Edition) das Dociren jeder Disciplin denjenigen untersagt, „welche am Wahnsinn der gottlosen Hellenen leiden“: πᾶν δε μάθημα παρὰ τῶν νοσούντων τὴν τῶν ἀνοσίων Ἑλλήνων μανίαν διδάσκεσθαι κωλύομεν . . . ἀλλὰ μηδὲ ἐκ τοῦ δημοσίου σιτήσεως ἀπολαύειν αὐτούς . . .

13. **Ohne** die im Vorstehenden dargelegte theologische oder mythologische Einkleidung findet sich bei einer langen Reihe von Schriftstellern des Alterthums die moralische Verwerfung einer bezalten Wissenschaft ebenfalls ausgesprochen. Hiebei ist bemerkenswerth, dass diese Urtheile nicht als individuelle Meinungen, sondern als der Ausdruck einer feststehenden Volksmoral auftreten und ferner dass dieselben in der Bezalung eine wesenswidrige Behandlung der Wissenschaft erblicken, so dass diese mit jener zusammen **unverfälscht** nicht bestehen kann.

So vergleicht bei Xenophon (Memorab. Socr. I. 6. 13) Sokrates den Verkauf der Wissenschaft mit dem Verkauf der Liebe und

[102]) Juliani epist. 42 in Haenel corpus legum p. 214: Ὁμήρῳ μέν τοι καὶ Ἡσιόδῳ καὶ Δημοσθένει μέντοι καὶ Ἡροδότῳ καὶ Θουκυδίδῃ καὶ Ἰσοκράτει καὶ Λυσίᾳ θεοὶ πάσης ἡγοῦνται παιδείας. Οὐχ οἱ μὲν Ἑρμοῦ σφᾶς ἱερούς, οἱ δὲ Μουσῶν ἐνόμιζον; Ἄτοπον μὲν οἶμαι τοὺς ἐξηγουμένους τὰ τούτων, ἀτιμάζειν τοὺς ὑπ' αὐτῶν τιμηθέντας θεούς . . . Ἐπεὶ δὲ ἐκεῖνοι ἐξ ὧν γεγράφασι παρατρέφονται μισθαρνοῦντες, εἶναι ὁμολογοῦσιν αἰσχροκέρδεστατοι . .

sagt, beiderlei Verkauf gelte in Athen als gleich schändlich. Die Verkäufer der Liebe nenne man Huren, die der Wissenschaft Sophisten.[103]) — Wie hier Xenophon, so lässt auch Plato (im Gorgias 520 E.) den Socrates die sophistische Art des Wissenschaftsbetriebes als „schändlich" (αἰσχρόν) bezeichnen. Die Sophisten nennt Plato im Protagoras (313) allgemein Leute, die mit geistigen Gütern Kramhandel treiben (κάπηλος τῶν ἀγωγίμων, ἀφ'ὧν ἡ ψυχὴ τρέφεται). [Bezüglich dieser platonischen Erklärungen bemerkt der Constantinopolitaner Themistius,[104]) dass hiemit die Entgeltsunfähigkeit aller Geistesarbeit ausgesprochen sei. Der Grund der Inästimabilität gibt Themistius hiebei mit Worten an, die an Ulpians Ausspruch in l. 1 § 5 D. 50. 13 erinnnern: „Die Weisheit ist etwas Heiliges; sie darf nicht entweiht, als mit Geld zu messen, als Geldeswerth, dargestellt werden".[105])] In der hippocratischen Sammlung wird der Gedanke ausgesprochen, dass die Bezalung, wie sie den Mann zum Banausen macht, auch die Freiheit der Wissenschaft vernichtet.[106]) Hier wird auch auf die den Alten zweifellose Corruption der Praxis als Folge der gewerbemässigen Berufsübung hingewiesen.

Isokrates in seiner Schrift gegen die Sophisten weist auf den Contrast zwischen den Vorlesungsankündigungen der Sophisten und der von denselben verlangten Bezalung hin: sie schämten sich nicht, einerseits sich als Meister und Lehrer der höchsten geistigen Güter auszugeben und andererseits dafür vier oder fünf Minen zu fordern.[107])

Quintilian (instit. orat. XII. 7) behandelt die Frage, ob

---

[103]) παρ ἡμῖν νομίζεται τὴν ὥραν καὶ τὴν σοφίαν ὁμοίως μὲν καλὸν, ὁμοίως δὲ αἰσχρὸν διατίθεσθαι εἶναι. Τήν τε γὰρ ὥραν ἐὰν μέν τις ἀργυρίου πωλῇ τῷ βουλομένῳ, πόρνον αὐτὸν ἀποκαλοῦσιν . . . καὶ τὴν σοφίαν ὡσαύτως τοὺς μὲν ἀργυρίου τῷ βουλομένῳ πωλοῦντας σοφιστὰς ἀποκαλοῦσιν.

[104]) Themistii orationes ed. Dindorf p. 350: τὸ γὰρ ἐφ' οἱῳ δὴ σχήματι παιδείας ἀργυρολογεῖν . . . τοῦτο εἶναί φησι σοφιστήν . .

[105]) Σεμνὸν τὸ σχῆμα ἀληθινή ἡ σοφία, ἀλλ' οὐ χρή γε αὐτὴν καταβάλλειν καὶ ἀργυρίου δεοκνύναι ἄξιον l. c. p. 351.

[106]) ed. Littré IX. 326 οἱδὲ μισθαρνεῦντες δουλεύειν ἀναγκάζουσι τὰς ἐπιστήμας, ὥσπερ ἐξανδραποδίζοντες αὐτὰς ἐκ τῆς προτέρης παῤῥησίης. Vgl. hiezu N. 86 oben.

[107]) Κατὰ τῶν σοφιστῶν or. Isocr. ed. Blass II 82: τηλικούτων ἀγαθῶν διδασκάλους καὶ κυρίους σφᾶς αὐτοὺς καταστήσαντες οὐκ αἰσχύνονται τέτταρας ἢ πέντε μνᾶς ὑπὲρ τούτων αἰτοῦντες.

der Redner von der von ihm vertretenen Partei etwas annehmen darf, und beantwortet dieselbe in einer auf alle artes liberales anwendbaren Erörterung dahin: Es kommt darauf an, von wem, wie viel und wie lange man sich geben lasse.[108]) Sicherlich dürfe die freie Kunstleistung nicht verkauft werden: quis ignorat quin id sit longe honestissimum ac liberalibus disciplinis et illo quem exigimus animo dignissimum, non vendere operam, nec elevare tanti beneficii auctoritatem, cum pleraque hoc ipso possint videri vilia, quod pretium habent. Wenn es aber des Lebens Nothdurft fordert, dann darf man annehmen, was die Dankbarkeit bietet, ja diese Remuneration ist dann auch nothwendig, weil „haec ipsa opera tempusque omne alienis negotiis datum facultatem aliter acquirendi recidant". Aber immer „ne pauper quidem tamquam mercedem accipiet, sed mutua benivolentia utetur".

In dieser Quintilianischen Ausführung tritt neben der Unverkäuflichkeit der wissenschaftlichen Berufsleistung die Unterscheidung des Unterhaltes, der Sustentation für die Zwecke des Berufes, vom Lohne hervor und weiter die Thatsache, dass weder der Empfang der Sustentation in Gestalt von einzelnen an die Berufsleistung sich anschliessenden Oblationen der Empfänger der ersteren, noch der hiebei obwaltende animus remunerandi der Festhaltung des Sustentationsbegriffs im Wege steht. Die Quintilianische Auffassung bezüglich des Rednerberufes gibt im Wesentlichen übrigens nur die bezüglich desselben bestehenden gesetzlichen Bestimmungen wieder. Denn die lex Cincia hatte verordnet, ne quis ob causam orandam pecuniam donumve accipiat;[109]) sie verbot also die Annahme auch freiwilliger Gaben vor geführter Sache. Augustus verschärfte diese Bestimmung im Jahre 737 u. durch Festsetzung einer hohen Geldstrafe.[110]) Diese Normen haben nach einer kurzlebigen Milderung unter Claudius von der Regierung des Nero bis in die des Trajan gegolten, während welcher letzteren

[108]) wie das vetus proverbium in l. 6 § 3 D. 1. 16: οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτε παρὰ πάντων.

[109]) Tacitus Annal. XI. 5.

[110]) Dio Cassius 54. 18: τοὺς ῥήτορας ἀμισθὶ συναγορεύειν ἢ τετραπλάσιον ὅσον ἂν λάβωσιν ἐκτίνειν ἐκέλευσεν.

sie in einem edictum monitorium des Prätors Nepos vorausgesetzt werden, während sie zur Zeit der Severe schon in Desuetudo gerathen zu sein scheinen.[111]) — Andererseits war seit Nero bereits die Verpflichtung der Clienten anerkannt, nach geführter Sache den Redner zu bezalen. Diese Zalung konnte bei der in den citirten Stellen zum Ausdruck gelangten moralischen und rechtlichen Verwerfung einer mercenären Advocatur nicht als Entgelt, sondern nur im Quintilianischen Sinne aufgefasst werden.

Die moralische Verwerflichkeit des Verkaufes der freien Wissenschaft in den Dienst der Grossen bildet den Grundgedanken der Abhandlung Lucians de mercede conductis.[112]) Was Lucian hier ausführt, bezieht sich, wie er sagt, vor Allem auf Philosophen, dann aber auch auf Grammatiker, Rhetoren, überhaupt auf alle der Wissenschaft Beflissenen, die es nicht unter ihrer Würde achten, um Sold Bildung zu lehren.[113]) In dieser Darstellung nun tritt das Prinzip der Freiheit und Entgeltsunfähigkeit der Kunst und Wissenschaft als ein völlig populäres auf, so dass es sogar von dem als roh und unwissend geschilderten vornehmen Herrn als Waffe im Lohnkampf gegen den Mann der Wissenschaft benützt werden kann. Lucian lässt die Verhandlung über das Salar den Ersteren mit der Erklärung einleiten, es sei selbstverständlich, dass der Gelehrte, dem er seine Seele (oder die Seele seiner Kinder) übergebe, auch über die übrigen Besitzthümer als Herr zu schalten habe. Aber es müsse doch Etwas bestimmt werden,[114]) obwol gewiss sei, dass der Gelehrte nicht in eigennütziger Absicht, in der Hoffnung auf Lohn, ins Haus gekommen und „übrigens geziemt es sich ja auch für Euch Gelehrte, über Geldrücksichten (den Mammon) erhaben zu sein.[115]) Damit muss der Mann der

[111]) Tacit. Ann. XI. 5, XIII. 42; Plinius epist. V. 21; cf. Cicero parad. VI. 46, Ovid. Amor. I. 10. 39. — für die Zeit der Severe: l. 1 § 13 D. 50. 13.

[112]) Luc. ed. Lehmann III. 227.

[113]) τῶν ἐπὶ παιδείᾳ συνεῖναι καὶ μισθοφορεῖν ἀξιουμένων (p. 233 l. c.).

[114]) l. c. p. 254: ὡρίσθαι τι δεῖ, = die bestimmte Summe, δῆλον ποσόν, die nach l. ult § 1 D. 19. 5 (Mommsen) nicht μισθός ist.

[115]) συνίημι ὡς οὐχὶ μισθοῦ ἐλπίδι προσελήλυθας ἡμῶν τῇ οἰκίᾳ . . . ἄλλως τε καὶ πρέπον ἂν εἴη τοῖς πεπαιδευμένοις ὑμῖν κρείττοσιν εἶναι χρημάτων . . l. c. p. 254. 255.

Wissenschaft einverstanden sein und er acceptirt einen äusserst geringen Gehalt in der stillen Hoffnung, dass das zuerst gesprochene grosse Wort: πάντα ἡμῖν κοινά ἔσται sich erfüllen werde. Des Weiteren wird nun ausgeführt, wie Derjenige, der unter dem Deckmantel freier wissenschaftlicher Gesinnung sich Geldes halber zu solchen Diensten hergibt, für die bekundete niedrige Denkart den gebührenden Lohn erntet. Von dem Augenblick des Eintritts in das vornehme Haus habe der Gelehrte das Recht verloren, sich als Freigeborenen zu betrachten.[116]) Dann wird die Schmach in flammenden Worten geschildert, die solches Gebahren über die Wissenschaft bringt.[117])

Der schon erwähnte Lexicograph Julius Pollux stellt eine Reihe von Ausdrücken zusammen, wodurch der Handel mit den „freien Berufen" gebrandmarkt wird, z. B. πιπράσκειν τὰ μαθήματα, ἀργυρολογεῖν, ἐκχρηματίζεσθαι τὰ μαθήματα u. s. f.[118]) Erwähnt sei hier noch eine allgemein lautende Bemerkung des Jamblichus in dessen Biographie des Pythagoras: Letzterer habe „τοὺς τὰ μαθήματα καπηλεύοντας" von seinem Umgang ausgeschlossen (und nach seinem Beispiel seine Anhänger), weil jene für unschätzbare Dinge Geld eintreiben.[119])

14. Die zu 12 und 13 zusammengestellten, selbstverständlich vermehrbaren Aussprüche dürften ergeben, dass nicht bloss die Philosophie, sondern auch die übrigen zu den liberalen Disciplinen zälenden Berufe in ihrer Eigenschaft als Zweige der Wissenschaft als entgeltsunfähig betrachtet wurden und dass nicht etwa die sociale Stellung der Vertreter dieser Disciplinen den eigentlichen Grund zu dieser Auffassung abgab, wenn gleich dieselbe in Betracht kam, und insbesondere bei der Entwicklung des Inästimabilitätsgedankens erheblich mitgewirkt haben dürfte. Aus dem Wesen des wissenschaftlichen

---

[116]) τοῦτο ἡ πρᾶσις ἐστί· κήρυκος γὰρ οὐκ ἔδει ἐπ' ἄνδρα ἑαυτὸν ἀποκηρύξαντα καὶ μακρῷ χρόνῳ μνηστευσάμενον ἑαυτῷ τὸν δεσπότην . . l. c. p. 260.

[117]) l. c. 261 ss.

[118]) Onomasticon IV. 6 n. 1.

[119]) μισθὸν τῶν ἀτιμήτων πράττοντας, Jamblichus vita Pyth. ed. Kiessling p. 478. — Das in quaestum trahere beneficia divina ist allgemein als unmoralisch bezeichnet in Diocletians edictum de pretiis rerum, Haenel corpus legum p. 176.

Berufes ergab sich das objective Bedürfniss völliger Unabhängigkeit und Freiheit, womit mercenäre Motive nicht vereinbar waren. In Bezug auf Entgeltsunfähigkeit stehen alle liberalen Berufszweige gleich. — Nach verschiedenen Aeusserungen Senecas soll aber diese Eigenschaft nur der Philosophie zukommen, während die übrigen liberalen Disciplinen, da sie ein rein technisches Ziel haben, keinen Anspruch hierauf erheben. Zur Erklärung dieses auffälligen Widerspruches mit unzähligen Vertretern solcher angeblich nur technischer Disciplinen, die für ihren Beruf die Forderung der Freiheit festhalten, ist hier auf die theoretische Hinneigung des Seneca zum Cynismus hinzuweisen. Nach cynischer Lehre ist dem wahrhaft Weisen die ganze liberale Bildung unnöthig, er bedarf nur der socratischen Stärke.[120])

Daher erklärte Seneca die artes liberales als nützlich, aber im Vergleich zur Tugendlehre (der Philosophie) „pueriles sunt et aliquid habentes liberalibus simile, hae artes, quas ἐγκυκλίους Graeci, nostri liberales vocant. Solae autem liberales sunt . . quibus curae Virtus est."[121]) An anderer Stelle erklärt er: Quare liberalia studia dicta sint, vides: quia homine libero digna sunt und unmittelbar darauf: ceterum unum studium vere liberale. est, quod liberum facit (l. c. ep. 88. 1.). „Istae artes non sunt magnitudinem animi professae" heisst es in Ep. 87. 13., non consurgunt in altum. So wenig als ein Koch bedarf ein Arzt oder Philologe, um in seinem Beruf vortrefflich zu sein, eines guten Charakters (Ep. 87. 15). Auf die Frage, ob die liberalen Studien virum bonum facerent, erwidert er: ne promittunt quidem. Sie haben es nur mit technischen Dingen zu thun. Grammaticus circa curam sermonis versatur, et si latius evagari vult, circa historias . . . Quid horum ad Virtutem viam sternit (Ep. 88. 2.)?

Seneca kennt auch bezüglich der artes liberales keine andere Inästimabilität, als die von den alten Sophisten für sich beanspruchte, von welcher oben (I. 1.) die Rede war, wonach man die Wissenschaft zwar bezalen kann, aber sie nie vollständig bezalt, weil sie zu „werthvoll" ist. Diese Inästima-

---

[120]) Diogenes Laertius VI. c. 1. 5 ed. Cobet p. 136.
[121]) epist. 88. 20.

bilität widerlegt er denn auch glänzend an der Hand des römischen Obligationenrechtes [122]) und die Thatsache der populären Unterscheidung der liberalen Berufe von den banausen und der allgemeinen Hochschätzung der ersteren, die er einräumt, [123]) weiss er nicht zu erklären und hilft sich mit der Behauptung über diese Verlegenheit hinweg, dass solche besondere Schätzung nur dann gerechtfertigt sei, wenn die Berufsleistung über das gewöhnliche Mass in einem einzelnen Fall hinausging, wie man ja auch dem gemeinen Taglöhner ausser dem bedungenen Lohn noch einen Dank schuldet und Etwas mehr bezalt, wenn er sich ganz besonders geplagt hat. [124])

Hienach wäre ein principieller Unterschied zwischen liberalen und banausen Berufen überhaupt nicht vorhanden und dieses ist in der That der Standpunkt Senecas. Dieser Standpunkt befindet sich, wie er selbst des Oefteren betont, im Widerspruch mit der herrschenden Auffassung sowohl des Volkes als auch der Vertreter der liberalen Disciplinen selbst. Das Beneficium, das dem Seneca eine Folge rein persönlicher Beziehungen, also etwas Singuläres und Zufälliges ist, war den hervorragendsten Meistern der antiken Wissenschaft auf allen Gebieten eine nothwendige Folge der Berufsausübung und mit letzterer an sich gegeben, wo sie normal, nicht bloss wo sie aussergewöhnlich war. Für den Beruf als solchen verlangten Jene auch in der That „magnitudinem animi." Sie waren auch nicht der Meinung, dass ohne entsprechende Charaktereigenschaften moralischer Art der Beruf normal betrieben werden könne. Dem Arzt, der kein Handwerker sein will, ist nach Hippokrates vor Allem ἀφιλαργυρίη, Uneigennützigkeit,

---

[122]) de benefic. VI. 15. 3: quid interest, quanti sint, cum de pretio inter ementem et vendentem convenerit? . . Nihil venditori debet, qui bene emit.

[123]) ben. VI. 15: Omnium horum apud nos magna caritas, magna reverentia est.

[124]) benef. VI. 16: quare istis debeamus multum? . . Ille magis pependit quam medico necesse est . . In turba multorum invocantium ego illi potissima curatio fui . . Alter rursus docendo et laborem et taedium tulit; praeter illa, quae a praecipientibus in commune dicuntur aliqua instillavit et tradidit. VI. 17: Sordidissimorum artificiorum institoribus supra constitutum aliquid adjecimus, si nobis opera illorum enixior visa est.

erforderlich;[125]) und auch nach Galenus kann das Ziel der ärztlichen Kunst nicht erreichen, wer sie nur als Mittel zum Gelderwerb betreibt.[126]) Dem Arzt, der seinen Beruf würdig des Hippokrates übt, bleibt nach Galenus zur wahren Philosophie Nichts mehr zu erreichen übrig, er hat alle ihre Voraussetzungen erfüllt.[127]) Nicht minder hoch haben auch, wie schon oben dargelegt, andere liberale Disciplinen ihr Ziel gesteckt, vor Allem die Rhetorik. Oratorem instituimus illum perfectum, sagt Quintilian in der Einleitung seines Institutionenwerkes, qui esse nisi vir bonus non potest; ideoque non dicendi modo eximiam in eo facultatem, sed omnes animi virtutes exigimus.[128]) Und ebendaselbst: Sit igitur orator vir talis qualis vere sapiens appellari possit. Ja in direktem Angriff gegen die von Seneca vertretene Meinung betreffend die Philosophie und deren Verhältniss zu den anderen artes liberales: Neque hoc concesserim, rationem rectae honestaeque vitae (ut quidam putaverunt) ad philosophos relegandam. — Bezüglich der Grammatik, die im antiken Sinn ungefähr unserer Philologie dem Umfange nach gleichkommt,[129]) sagt derselbe Autor: Quo minus sunt ferendi, qui hanc artem ut tenuem atque jejunam cavillantur . . necessaria pueris, jucunda senibus, dulcis secretorum comes, et quae vel sola in omni studiorum genere plus habeat operis quam ostentationis. Auch die Grammatik hat es nicht, wie Seneca behauptet, bloss mit Buchstaben, Silben und Worten, sondern mit dem Menschen zu thun, auch sie bezweckt, um mit ihm selbst zu reden „animi cultum“.[130])

15. Wenn wir die Inästimabilität oder Entgeltsunfähigkeit der Wissenschaft mit Recht als einen Grundsatz antiker Moral angenommen haben, dann können liberale Berufsleistungen weder für eine locatio-conductio, noch auch für ein Mandat einen Gegenstand bilden, wie oben zu 11 des Näheren erörtert wurde. Dass dem in der

[125]) περὶ εὐσχημοσύνης cap. V. ed. Littré.

[126]) Galeni opera I. 54 ed. Kühn.

[127]) Gal. op. I. 60: τί δὴ οὖν λείπεται πρὸς τὸ μὴ εἶναι φιλόσοφον τὸν ἰατρόν, ὃς ἂν Ἱπποκράτους ἀξίως ἀσκήσῃ τὴν τέχνην; πάντα ἤδη τῆς φιλοσοφίας ἔχοι τὰ μέρη, τὸ δὲ λογικόν καὶ τὸ φυσικὸν καὶ τὸ ἠθικόν.

[128]) instit. oratoriae lib. I. prooem.

[129]) inst. or. l. c. I. 4.

[130]) ben. VI. 15.

That so ist, dass wirklich diese juristische Probe erbracht werden kann, möchten wir zunächst aus mehreren Pandektenstellen schliessen, in welchen, wie es scheint, die begriffliche Unzulässigkeit einer merces für wissenschaftliche Dienste festgestellt und hiemit sofort die Folgerung verbunden wird, dass hier überhaupt kein civiles Contractsverhältniss, also insbesondere nicht Mandat, stattfindet. Hieher gehört die von Ulpian herrührende l. 1. D. 11.6 und die von Mommsen aus den Basiliken restituirte l. 26. § 1. D. 19.5 von Pomponius. In beiden geht mit der Negation der Miethe die Verneinung eines jeden Civilrechtsverhältnisses Hand in Hand, in beiden wird in Folge des — wegen Nichtvorhandenseins einer locatio-conductio — constatirten Fehlens eines eigentlichen Civilrechtsverhältnisses die Nothwendigkeit einer prätorischen actio in factum constatirt. Dass das letztere auch bezüglich der l. 26 § 1. D. 19.5 anzunehmen, haben wir an späterer Stelle darzuthun. Hiemit stimmt überein, dass eine actio mandati, directa oder contraria, auf Grund oder wegen liberaler Berufsleistungen bisher nicht belegt werden konnte. Dagegen erregt aber Bedenken, dass in l. 1. § 4. D. 50.13 von Ulpian den Professoren der Philosophie eine Honorarklage abgesprochen wird, mit der Begründung „quia hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam spernere," während in l. 1. pr. § 1. und 2. D. 50. 13 derselbe Jurist den praeceptores studiorum liberalium, Grammatikern, Rhetoren und Geometern, sowie den Aerzten eine extraordinaria cognitio de mercedibus einräumt, dieselben also scheinbar in denselben Gegensatz zu den Philosophen bringt, wie Seneca. Wenn ferner in l. 7. § 8 D. 9.2 Ulpian von einer actio ex locato gegen einen medicus spricht, in l. 4. § 2 D. 10.1 Paulus scheinbar den Fall als möglich voraussetzt, dass ein mensor von einer Partei „conductus" ist, so erhebt sich die Frage, ob nicht in der That die Unterscheidung Senecas, mit einer Modification zu Gunsten der Jurisprudenz, die nach Ulpian ja ebenfalls Philosophie ist,[131]) die Sanction des römischen Rechts gefunden hat, also die Wissenschaft nach materiellem Recht den banausen Berufen gleichgestellt und ihr nur aus socialen Höflichkeitsgründen[132]) eine

[131]) l. 1 § 1 D. 1. 1.
[132]) Brinz Pand. II. § 334. A. 10.

andere Klagsgattung als die für operae locari solitae hergebrachte actio ex locato conducto eingeräumt worden ist.

Im Folgenden wird eine Antwort auf die bezeichnete Frage versucht. Wir glauben aus der Rechtsgeschichte des Philosophenhonorars nachweisen zu können, dass die extraordinaria cognitio wegen Honorarforderung bis auf Ulpian auch den Philosophen offen stand, dass die Abschneidung dieser Gerichtspraxis durch Ulpian nicht durch die Eigenschaft der Philosophie als Wissenschaft begründet war, sondern durch die ascetische Entwicklung der philosophischen Ethik auf römischem Boden, also einen internen Vorgang, der das Verhältniss der Philosophie zu den artes liberales nicht berührte. Sodann dürfte die Erörterung der Rechtsverhältnisse jener anscheinend von Ulpian in einen banausischen Gegensatz zur Philosophie und Jurisprudenz gebrachten „technischen" Berufe zeigen, dass dem römischen Juristen es ferne lag, solchen Gegensatz aufzustellen, zumal er hiedurch mit sich selbst in Widerspruch gerathen wäre.[133] Wir müssen uns an dieser Stelle eine Untersuchung bezüglich aller artes liberales versagen und beschränken uns auf die zur beabsichtigten Beweisführung ausreichende Darstellung der Verhältnisse der Aerzte und der Feldmesser. Diesen gehen die Philosophen und Juristen billigerweise voran.

IV.

16. Die Entgeltsunfähigkeit des philosophischen Unterrichtes, des ursprünglich allein wissenschaftlichen, scheint schon in vorsocratischer Zeit zur Festigkeit eines Moralprinzips gelangt und kaum in Diskussion gezogen worden zu sein. Themistius[134] sagt, in den frühesten Zeiten sei der Name Sophist ein ehrwürdiger (σεμνόν) gewesen, Solon und Pythagoras hätten denselben getragen. Erst seit dem Auftreten des Protagoras, des Prodicus und Gorgias habe der Name seine Schätzung verloren, weil die Genannten die Weisheit wie eine Waare ausboten.[135] Dass diese Sophisten

[133]) wegen l. 1 D. 11. 6.

[134]) orat. ed. Dindorf p. 347.

[135]) ὥσπερ ἄλλο τι τῶν ὠνίων ἐκήρυττον τὴν σοφίαν, Themistius l. c.

„als die Ersten das Wissen wie einen banausischen Beruf um Lohn betrieben", war ein Verstoss nicht bloss gegen die Volkssitte,[136]) sondern gegen die Volksmoral. Als solchen bezeichnet das philosophische Gewerbe der Sophisten Socrates in der oben (III. 13, p. 392) angeführten Stelle der Xenophontischen Memorabilien ausdrücklich, indem er dem Sophisten Antiphon auf dessen Behauptung, die Weisheit sei ein Gut, das man sowenig wie ein anderes, z. B. ein Haus, unter seinem Werth oder unentgeltlich hergeben dürfe, erwidert[137]): Bei uns gilt der Verkauf des Wissens für ebenso schändlich, als der Verkauf der Liebe. Dass dieser Streit des Socrates und des Antiphon ein „oberflächlicher" gewesen sei, ist wol die kühnste Behauptung in der Abhandlung über „Prodicos von Keos, Vorgänger des Socrates", woselbst F. G. Welcker,[138]) um seinen Helden, den Sophisten Prodicos dem Titel gerecht zu machen, nach möglichster Ausgleichung des Gegensatzes zwischen Sophisten und Philosophen, banausischem und liberalem Wissenschaftsbetrieb streben muss. „Die Ansicht, dass die Griechen das Geistige zu hoch geschätzt hätten, um nicht an dem Solde für Wissenschaft schon an und für sich Anstoss zu nehmen", ist nach Welcker (p. 420) „im Allgemeinen gewiss nicht begründet". Diese Behauptung wird bewiesen mit den Geschenken an die Götter, dem Honorar der Aerzte, den Siegespreisen der Theaterdichter, dem Unterrichtshonorar der Maler, wobei nicht einmal versucht wird, das Verhältniss dieser verschiedenen Geldleistungen zu den Berufsleistungen, an welche sie sich anschliessen, einer Prüfung zu unterziehen. Trotzdem hat Welcker auf Zeller (Philosophie der Griechen § 12) solchen Eindruck gemacht, dass der letztere meint, es sei den früheren Sophisten der gegen sie erhobene Vorwurf abzubitten, ohne dass ersichtlich ist, warum er diesen Vorwurf[139]) nicht auch den späteren Sophisten abnimmt.

Dass Socrates selbst den Grundsatz der Entgeltsunfähigkeit

136) Wundt Ethik (1886) p. 235.

137) Xen. Mem. I. 6: παρ' ἡμῖν νομίζεται, τὴν ὥραν καὶ τὴν σοφίαν ὁμοίως μὲν καλὸν, ὁμοίως δὲ αἰσχρὸν διατίθεσθαι εἶναι. τήν τε γὰρ ὥραν ἐὰν μέν τις ἀργυρίου πωλῇ τῷ βουλουμένῳ, πόρνον αὐτὸν ἀποκαλοῦσιν, καὶ τὴν σοφίαν ὡσαύτως τοὺς μὲν ἀργυρίου τῷ βουλομένῳ πωλοῦντας σοφιστὰς ἀποκαλοῦσιν.

138) Kleine Schriften II. 392—541.

139) „der in den Augen der heutigen Zeit kein solcher ist" Wundt Ethik I. 235.

der Wissenschaft für seine Person in die That umgesetzt hat, war dem ganzen Alterthum zweifellos. Sowol Plato als Xenophon lassen ihn den Gegensatz seiner und der sophistischen Art des Umgangs mit lehrbegierigen Jüngern hervorheben. In der platonischen Apologie sagt er, selbst die Ankläger, die sonst die schamlosesten Lügen gegen ihn vorgebracht, hätten doch nicht gewagt zu behaupten, dass er jemals (wie die Sophisten) eine Bezalung vereinbart oder verlangt habe.[140]) Unbekümmert um seine eigenen Angelegenheiten und um die zalreichen Feinde, die ihm sein von Apollo auferlegter Beruf zugezogen, habe er für die Seelen seiner Mitbürger gesorgt, wie ein Vater oder älterer Bruder. Nach entschiedener Schuldfrage stellt er dem Antrag der Ankläger entgegen an seine Richter den Antrag, ihm die Unterhaltung auf Staatskosten im Prytaneum zuzuerkennen, als Anerkennung der durch seine Wirksamkeit dem Staat erwiesenen Wohlthat. Diese Anerkennung sei ihm gegenüber um so gerechtfertigter, als er arm sei und derselben im Interesse seines Berufes bedürfe.[141]) In diesem Antrag tritt der Unterschied zwischen der von Socrates jederzeit zurückgewiesenen Bezalung und der im Interesse des Berufes stehenden Sustentation ebenso klar hervor, wie die Thatsache, dass der animus remunerandi den Sustentationsbegriff nicht beeinträchtigt. Zum Dank für seine Berufsleistungen will Socrates von den Athenern seinem Beruf erhalten werden und zwar, da seine Armuth ihm hinderlich ist, durch öffentliche Sustentation. — In Wirklichkeit hat Socrates das geringfügige Haushaltungsdeficit, welches er trotz einer fast cynischen Lebensweise [142]) nicht von seinem Vermögen decken konnte, durch freiwillige Gaben von Freunden gedeckt. Seinem früheren Schüler Aristippus schickte er zwanzig Minen zurück, die ihm dieser als Unterrichtshonorar übersandt hatte.[143])

---

[140]) τοῦτό γε οὐχ οἷοί τε ἐγένοντο ἀπαναισχυντῆσαι, παρασχόμενοι μάρτυρα, ὡς ἐγώ ποτε ἢ ἐπραξάμην μισθὸν ἢ ᾔτησα. Apol. 18 C.

[141]) Apol. 26 D. τί οὖν πρέπει ἀνδρί πένητι εὐεργέτῃ δεομένῳ ἄγειν σχολὴν ἐπὶ τῇ ὑμετέρᾳ παρακελεύσει; οὐκ ἔσθ᾽ ὅτι μᾶλλον . . πρέπει οὕως ὡς τὸν τοιοῦτον ἄνδρα ἐν πρυτανείῳ σιτεῖσθαι.

[142]) Boekh, Staatshaushaltung der Athener I. 123. Diogenes Laertius. II. c. 5. § 9. 11. ed. Cobet p. 39.

[143]) Diogenes Laertius. II. c. 8. 2. Cobet p. 48.

mit dem Beifügen, sein „Dämon" erlaube ihm nicht, sie anzunehmen.

Dass dagegen die **Sophisten** der socratischen Zeit die Geldleistungen ihrer Zuhörer als Bezalung von Diensten in Anspruch nahmen, also den Unterricht gegen merces und damit in banausischer Gewerbsweise erteilten, geht aus mehreren Zeugnissen hervor.

Plato bezeichnet den Protagoras als den Ersten, der sich als „Lehrer der Tugend und Bildung" öffentlich um Geld ausbot [144]) und lässt denselben über das von ihm eingeführte Lohnsystem sich folgendermassen äussern. Nach beendigtem Lehrkurs bestimme er zunächst selbst die Bezalung, die ihm die Schüler zu leisten haben; wenn den letzteren der Betrag zu hoch sei, so gestatte er ihnen, seine Leistung ihrerseits zu taxiren und verlange nur, dass die Abschätzung eidlich in einem Tempel geschehe.[145])

Im Wesentlichen stimmt hiemit der Bericht des **Aristoteles** überein, dass Protagoras die Schüler aufgefordert habe, anzugeben, wieviel ihnen das Gelernte werth zu sein scheine, und den angegebenen Schätzungswerth sich habe bezalen lassen. [146])

Nach römischem Recht wäre mit Rücksicht auf die nachträgliche Lohnfestsetzung hier ein nach l. 22 D 19. 5 zu beurtheilendes Verhältniss vorgelegen. Die **nachträgliche** Lohnfestsetzung scheint aber unter den gleichzeitigen und späteren Sophisten nicht beliebt und üblich gewesen zu sein. Denn Protagoras rühmt sich derselben als einer von ihm gehandhabten Praxis in Gegenwart anderer Sophisten und im Gegensatz zu solchen. Und der Jüngling, der durch Socrates bei Protagoras eingeführt werden will, weiss es gar nicht anders, als dass er hiezu Geld mitbringen muss; Socrates sagt demselben, der ihn

---

[144]) Protagoras 349: Σεαυτὸν ἀπέφηνας παιδεύσεως καὶ ἀρετῆς διδάσκαλον, πρῶτος τούτου μισθὸν ἀξιώσας ἄρνυσθαι.

[145]) ἐπειδὰν γάρ τις παρ' ἐμοῦ μάθῃ, ἐὰν μὲν βούληται ἀποδέδωκεν ὃ ἐγὼ πράττομαι ἀργύριον. ἐὰν δὲ μή, ἐλθὼν εἰς τὸ ἱερὸν ὀμόσας, ὅσου ἄν φησι ἄξια εἶναι τὰ μαθήματα, τοσοῦτον κατέθηκεν. Protagoras l. c. 328. B.

[146]) Aristot. Ethica Nicomach. IX. c. 1 § 5: ὅτε γὰρ διδάξειν ἃ δήποτε τιμῆσαι τὰ μαθόντα ἐκέλευσε ὅσου δοκεῖ ἄξια ἐπίστασθαι καὶ ἐλάμβανε τοσοῦτον.

in seiner Ungeduld nach der Weisheit des Protagoras in der tiefen Nacht aufweckt, ironisch beruhigend: Wenn du ihm Geld und gute Worte gibst, dann macht er dich schon zum Weisen.[147]) Auf die Praxis der Vorausbezalung deutet auch hin, dass Prodicus stets den Spruch des Epicharmus im Mund geführt haben soll: ἡ δὲ χεὶρ τὴν χεῖρα νίζει. δός τι, κῶρε καὶ λαβέ![148]) Diese Uebung wird ferner bestätigt durch die Mittheilung des Aristoteles in der nicomachischen Ethik (IX 1 § 6. 7), woselbst das Verfahren anderer Sophisten als von demjenigen des Protagoras abweichend und zu Klagen wegen Uebervortheilung Anlass gebend bezeichnet wird, weil die fraglichen Sophisten, nach erfolgter Vorauszalung ihre marktschreierischen Versprechungen nicht erfüllen. Nach Isocrates[149]) gebrauchten die Sophisten weiter die Vorsicht, die von den Schülern herausgelockten Unterrichtshonorare an sicherer Stelle zu deponiren und Isocrates spottet darüber, dass die Lehrer der Gerechtigkeit Leuten, die nicht in ihre Schule gingen, mehr trauen als ihren Zöglingen.

Bei Plato bemerkt der Sophist Protagoras, seine Schüler seien überzeugt, dass sein Unterricht mit dem von ihm selbst verlangten Lohn nicht genügend bezalt, dass derselbe mehr werth sei.[150]) Aehnlich äussert sich Socrates in der Apologie, die Sophisten Gorgias, Prodicus und Hippias verstünden es, junge Leute zu überzeugen, dass sie auch nach der Bezalung des Unterrichtes ihnen noch Dank schuldig seien. Isocrates in der oben erwähnten Streitschrift gegen die Sophisten gibt zu verstehen, dass die letzteren ihren Schülern unermesslich werthvolle Güter mitzutheilen versprachen, mit welchen der Betrag des verlangten Lohnes, obwohl er keineswegs gering, im äussersten Missverhältnisse stand[151]) und dieses wurde noch dadurch von den betreffenden Sophisten vergrössert, dass sie, sowie sie marktschreierisch ihre Waaren anpriesen, von dem Gelde dagegen,

[147]) Plato Protag. 310. Ἂν αὐτῷ διδῷς ἀργύριον καὶ πείθῃς ἐκεῖνον, ποιήσει καί σε σοφόν.

[148]) Welcker l. c. 426.

[149]) Isocrates κατὰ τῶν σοφιστῶν, orat. ed. Blass II. 82.

[150]) Protag. 328.

[151]) κατὰ τῶν σοφιστῶν ed. Blass 81 σύμπασαν δὲ τὴν ἀρετὴν καὶ τὴ εὐδαιμονίαν οὕτως ὀλίγου τιμῶντες ὡς νοῦν ἔχοντες διδάσκαλοι τῶν ἄλλων ἀξιοῦσ γίγνεσθαι.

das sie sorgfältig in Sicherheit brachten, sehr geringschätzig sprachen.[152])

In alledem äussert sich der mehrerwähnte Begriff der sophistischen Inästimabilität der Wissenschaft. Derselbe setzt eine Uebertragbarkeit der geistigen und besonders der sittlichen Güter nach Art der Uebertragung körperlicher Sachen voraus. In der That versprachen auch die Sophisten die verschiedenen Tugenden und werthvollen Eigenschaften ihren Schülern gegen Bezalung zu verschaffen und zwar bedingungslos, ohne jede Rücksicht auf die individuellen Anlagen der Hörer. So verheisst Protagoras dem ihm vorgestellten Jüngling Hippocrates, den er zum ersten Mal sieht, sofort, dass er an jedem Unterrichtstag ein vortrefflicherer Mensch in Folge des Umgangs mit ihm werden müsse.[153]) Isocrates betont, dass sich die Sophisten als absolute Herren und Lehrer der höchsten Dinge gebärden[154]) und Socrates geht ironisch auf diese sophistische Art ein, wenn er in der Apologie den Sophisten Euenus für den Fall glücklich preist, dass derselbe wirklich diese Dispositionsgewalt über die Weisheit besässe, wie jener behauptet, und von derselben so „billig" Gebrauch machte, indem er nur 5 Minen verlangte;[155]) oder wenn er dem nach dem Unterricht des Protagoras stürmisch verlangenden jungen Hippocrates sagt: Um Geld und gute Worte macht er dich auch zum Weisen![156])

Von diesem Gesichtspunkt aus stellen sich die Lehrverträge der Sophisten nach römischem Rechte als locatienes operis dar, soferne nicht, wie dies bei Protagoras der Fall war, der Lohn nachträglich fixirt wurde. Die den Gegenstand der Lehrmiethverträge bildenden angeblich übertragbaren geistigen Qualitäten wurden dabei als an sich in Geld taxirbar betrachtet und behandelt. Der bezalte oder vereinbarte Lohn konnte aber natürlich nie die Höhe der Schätzung der Unterrichtsobjecte erreichen,

[152]) Isocr. l. c.: ἀργυρίδιον καὶ χρυσίδιον τὸν πλοῦτον ἀποκαλοῦντες.

[153]) Protag. 318.

[154]) l. c. 82 τηλικούτων ἀγαθῶν αὐτοὺς διδασκάλους καὶ κυρίους καταστήσαντες.

[155]) Ap. c. 4. 20: καὶ ἐγὼ τὸν Εὔηνον ἐμακάρισα, εἰ ὡς ἀληθῶς ἔχει ταύτην τὴν τέχνην καὶ οὕτως ἐμμελῶς διδάσκει.

[156]) cf. Anm. 147. Socrates selbst verwahrt sich dagegen, auch ein „Lehrer" im sophistischen Sinne zu sein. Apol. c. 4. 20 i. f.

da dieselben „unendlich" werthvoll waren. Daher kann man dem Sophisten nie genug bezalen und bleibt demselben immer noch etwas schuldig.[157])

Noch Seneca hielt es für nöthig, diese sophistische Unschätzbarkeit des Wissens zu widerlegen.[158])

17. Der äussere Glanz des Auftretens der ersten Sophisten verhüllte den meisten Zeitgenossen die Banausie derselben; die letztere in ihrer Nacktheit und in ihrem Widerspruch mit der Wissenschaft darzustellen ist eine Aufgabe, die Plato unermüdlich verfolgt. Mit welchem Ergebnisse er diesen Streit gegen das Tugendlehrgewerbe durchgeführt hat, können wir schon daraus entnehmen, dass die späteren Sophisten es für nöthig hielten, sich mit dem Schein der Uneigennützigkeit und socratischer Geldverachtung zu umgeben [159]), während dies einem Protagoras, Prodicus oder Hippias gar nicht in den Sinn gekommen war, von welchen wenigstens der zuletzt Genannte gerade wegen seines Prahlens mit den pecuniären Erfolgen seines Unterrichts von Plato mehrfach verspottet wird. Dem von diesen „ersten Sophisten" ausgegangenen Angriff auf die öffentliche Moral war der gewaltige Gegenangriff Namens dieser Moral gefolgt und damit war der offene Betrieb der Philosophie als G e w e r b e unmöglich geworden. Aber gleichzeitig begann die Philosophie als L e b e n s b e r u f immer grössere Anziehungskraft zu üben und es erhob sich die brennende Frage, wovon der Arme als Philosoph leben darf oder leben soll, eine Frage, die in den verschiedenen nach Socrates Tod entstandenen Schulen so viel erörtert wurde, dass der Stoiker Chrysippus [160]) ein Werk schreiben konnte „über das Leben und die Beschaffung des Lebensunterhalts" worin die verschiedenen Meinungen geprüft wurden.

In diesen Untersuchungen zeigt sich eine zunehmende Vertiefung der von Plato ausgegangenen antibanausischen Bewegung darin, dass die Entscheidung der Unterhaltsfrage in den engsten

[157]) Seneca ben. VI. 15: quaedam pluris sunt quam emuntur et ob hoc aliquid mihi extra pro illis, quamvis emta sunt, debes.

[158]) oben., Anm. 122.

[159]) Isocrates l. c. καὶ λέγουσι μέν, ὡς οὐδὲν δέονται χρημάτων.

[160]) Chrysippus (290—208) a. Chr. „περὶ βίου καὶ πορισμοῦ". Diogenes Laertius VII. c. 7. 188. Cobet p. 201.

Zusammenhang mit dem Inhalt des philosophischen Bekenntnisses gebracht, ja geradezu aus dem Urtheil abgeleitet wurde, welches die jeweilige Ethik über die Güter der Welt und den Werth des Lebens aussprach. Wir wählen zur Erläuterung dieses Verfahrens das Beispiel der stoischen Schule aus dem Grunde, weil die in dieser Schule entwickelte Auffassung durch Ulpian in der von uns zu interpretirenden l. 1 § 4 D. 50. 13 zur rechtlichen Geltung gelangt ist und der Entscheidung des Juristen zu Grunde liegt.

Nach stoischer Lehre gehören Reichthum, Ehre und Lust, sowie das Leben selbst zu den „gleichgiltigen Dingen," — *ἀδιάφορα* — die der Weise nicht als Güter anerkennt,[161]) als welche ihm nur die Tugenden gelten. Damit stimmt denn überein, wenn der Stoiker Chrysippus in dem eben erwähnten Buche „über das Leben und die Beschaffung des Lebensunterhaltes" nicht bloss die gewöhnlich gerechtfertigten Erwerbsarten, als Gehaltsannahme von Herrschern, Freunden, Schülern, sondern auch die üblichen Beweggründe zum Erwerb verwirft und das Leben selbst als keinen zureichenden Grund zur Aufsuchung von Unterhalt erklärt.[162]). Den Gründer dieser Schule, Zeno, verspottet der Dichter Philemon, indem er sagt, seine Art zu philosophiren sei ganz neu, der Hunger sei sein Lehrprinzip.[163]) — Auch in der späteren Entwicklung der stoischen Schule auf römischem Boden finden wir das Gebot der Entsagung, der Verachtung des Reichthums, der Verabscheuung der Lust in den Vordergrund der Lehre gestellt.[164]) Mit der Lehre musste aber nach der Anschauung des Alterthums, welchem die Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatcharakter bei Philosophen unbekannt war, die Praxis übereinstimmen. Indixisti pecuniae odium, ruft Seneca in Bezug auf einen Stoiker aus,[165]) hoc professus es, hanc personam induisti, agenda est. Iniquissimum est te pecuniam sub gloria egestatis acquirere. Und an

[161]) Diogenes Laertius VII. 1. 102. Cobet 180.

[162]) τίνος χάριν ποριστέον αὐτῷ; εἰ μὲν γὰρ τοῦ ζῆν ἕνεκεν, ἀδιάφορον τὸ ζῆν. Diogenes Laert. VII. c. 7. 188. Cobet 201.

[163]) Diogenes Laertius. VII. 1.24, Cobet 165.

[164]) Lucian, Hermotimus 748.

[165]) de benef. II. 17.

anderer Stelle erklärt derselbe Autor, der sich selbst zur Stoa bekennt: Facere docet philosophia, non dicere; et hoc exigit ut ad legem suam quisque vivat, ne orationi vita dissentiat.. ut verbis opera concordent.[166] Der Philosoph ist nicht bloss „praeceptor veri, sed testis ist.“[167])

18. Diese Anschauung ist im römischen Recht mehrfach zum Ausdruck gelangt. So erklärt der Kaiser Antoninus Pius in einer die Immunität der Vertreter der artes liberales betreffenden Constitution: Von bemittelten Philosophen werde erwartet, dass sie die munera patrimonii in ihren Heimathorten freiwillig übernehmen; denn, wenn sie es mit Geldangelegenheiten genau nähmen, so würden sie hiemit nur beweisen, dass sie keine Philosophen seien (und daher überhaupt kein Recht auf Immunität haben).[168]

Der Philosoph Phavorinus appellirte an den Kaiser Hadrian gegen eine Entscheidung seiner Heimathgemeinde, welche ihm trotz der Immunität der Philosophen ein Municipalamt übertrug, zog aber die Berufung wieder zurück, da er sah, dass der Kaiser gegen ihn das Urtheil fällen wollte, dass er kein Philosoph sei.[169] Hiedurch erklärt sich auch die Angabe der oben erwähnten Digestenstelle, dass die Anzahl der Philosophen zu gering sei, um eine Bestimmung der in jeder Gemeinde zur Immunität Berufenen treffen zu können.[170] Denn thatsächlich wimmelte es damals in Italien, Griechenland, Asien und Afrika von Leuten im Philosophenbart und Mantel.[171] Die Constitution

[166]) Epistol. 20, 2.

[167]) Epist. 20. 8; cf. Epicteti dissert. III. 21. ed. Dübner p. 152 ss.

[168]) l. 6 § 7 D. 27. 1. οἶμαι δὲ ὅτι οἱ πλούτῳ ὑπερβάλλοντες ἐθελονταὶ παρέξουσιν τὰς ἀπὸ τῶν χρημάτων ὠφελείας ταῖς πατρίσιν· εἰ δὲ ἀκριβολογοῖντο περὶ τὰς οὐσίας, αὐτόθεν ἤδη φανεροὶ γενήσονται μὴ φιλοσοφοῦντες. cf. l. 8 § 4 D. 50. 5, l. 6 C. 10. 42 de mun. patrimonii.

[169]) Philostrat. βιοὶ σοφιστῶν I. 8. 3. ed. Boissonade p. 200.

[170]) l. 6 § 7 D. 27. 1: Φιλοσόφων δὲ οὐκ ἐτάχθη ἀριθμὸς διὰ τὸ σπανίους εἶναι τοὺς φιλοσοφοῦντας.

[171]) Friedländer Sittengeschichte Roms. III. S. 632. 634 (5. Aufl.). Eine Polizeiverordnung gegen die Scheinphilosophen vom Jahre 371 enthält l. 8 C. de prof. et med. 10. 52 Reddatur unusquisque patriae suae qui habitum philosophiae indebite et insolenter usurpare cognoscitur, exceptis his qui a probatissimis approbati ab hac debent colluvione secerni. Turpe enim est ut patriae functiones ferre non possit, qui etiam fortunae vim se ferre profitetur.

des Antoninus Pius zeigt auch den überwiegenden Einfluss des stoischen Bekenntnisses, indem der Grundsatz, dass der Besitz zu den Adiaphora gehört, auf Philosophen überhaupt angewendet wird, obwohl andere Schulen nicht so weit gingen.[172]) Dieser Zustand der öffentlichen Meinung war den Honorarprozessen der Philosophen sehr ungünstig. Bei Stoikern aber erschien schon das Anrufen der staatlichen Gewalt an und für sich als ein Widerspruch mit der Theorie, seitdem die letztere durch Epiktetus und Markus Aurelius eine übrigens schon von Seneca angedeutete Wendung zum Cynismus vollzogen hatte. Denn Kränkungen der Aussenwelt treffen den Philosophen nach dieser Lehre nicht, sie sind ihm Adiaphora, schädlich nur demjenigen, der sie dem Weisen schuldhaft zufügt.[173]) Tutus est sapiens, nec ulla affici aut injuria aut contumelia potest, heisst es in einer Schrift des Seneca de constantia sapientis (II. 4). Wer Unrecht thut, schadet sich selbst, indem er sich verschlimmert, erklärt Marcus Aurelius.[174]) Epiktet sagt, der vollendete Cyniker, der von Zeus der Menschheit gesandte Erzieher, hat seinen Beruf vor Allem im eigenen, beispielgebenden Dulden und Tragen zu bewähren; was er leidet, ist ihm zur Uebung der Tugend auferlegt; er kann nicht klagen und würdig bleiben, das Scepter des Diogenes zu führen. Sein Proconsul ist Zeus allein.[175]) Aehnlich hatte schon Seneca die Leidenspflicht eines Philosophen mit der Pflicht eines Gladiators verglichen: Eadem honestissimi hujus et illius turpissimi auctoramenti verba sunt.... Uri, vinciri, ferroque necari.

Hienach ist es erklärlich, dass Honorarprozesse stoischer Philosophen ganz besonderen Anstoss erregten. Bis auf Ulpian sind nach dem Zeugniss Lucians derartige Prozesse zugelassen

[172]) Diogenes Laertius II. 8.91; Lucian convivium p. 444; Luc. Eunuchus p. 353: καὶ μὴν καὶ τὸ δόγμα τοῦτό γέ ἐστι τοῖς Περιπατητικοῖς, τὸ μὴ σφόδρα καταφρονεῖν χρημάτων, ἀλλὰ τρίτον τι ἀγαθόν καὶ τοῦτο οἴεσθαι. Gellius Noct. Att. l. 18. 1.

[173]) Epicteti enchiridion ed. Dübner p. 3 c. XI; dissert. II. 6. περὶ ἀδιαφορίας ed. Dübner p. 86.

[174]) τῶν εἰς ἑαυτὸν βιβλ. IX. 4. ed. Dübner p. 51.

[175]) Epictet ed. Schweighäuser t. I. p. 457 ss. ed. Dübner p. 158 — l. 18 pr. D. de aedil. edicto 21. 2: si forte constantem esse adfirmaverit (servum) non exacta gravitas et constantia quasi a philosopho desideretur.

und keine Seltenheit gewesen. In dem Hermotimus betitelten Lucianischen Dialog erklärt ein Jünger der Stoa, wer, im Feuer der Philosophie geläutert, den Felsen der Weisheit erstiegen hat, für den existiren Reichthum, Ehre und Lust nicht mehr, erhaben über die Thoren, welche diese Dinge für ein Seiendes halten, führe er ein seliges Leben.[176]) Es muss sich darauf fragen lassen, wie denn hiemit vereinbar sei, dass sein Lehrer jüngst einen Schüler wegen nicht pünktlicher Zalung des Honorars am Halse packen und wuthentbrannt mit lautem Geschrei vor den Magistratus schleppen konnte?[177]) Im selben Dialoge in welchem uns dieser interessante Beleg für die Möglichkeit einer in jus vocatio bei extraordinaria cognitio und damit für die Gleichheit des Gerichtsverfahrens bei derselben und dem ordo judiciorum geliefert wird,[178]) schildert Lucian den schmachvollen Verlauf eines anderen Honorarprozesses, in welchem der Forderung des Stoikers die Einrede entgegengesetzt wird, dass der Schüler keine Tugendfortschritte gemacht habe. Im Icaromenippus stellt Lucian den Honorarprozess eines Stoikers auf gleiche Stufe mit Unzucht eines Cynikers und Meineid eines Epicureers.[179]) Uebrigens ergibt die „Eunuchus" betitelte Schrift,[180]) in welcher zwei Peripatetiker im Streit um ein kaiserliches Salar auftreten, dass die öffentliche Verfolgung von Geldinteressen, wenn die Berechtigung dazu aus dem philosophischen Berufe abgeleitet wurde, auch bei anderen Schulen Aergerniss und Spott hervorrief.

Dass nun ein Philosoph eine gewöhnliche actio rei persecutoria anstellte, daran konnte man ihn, falls die Klage Jedermann zustand, nicht hindern, auch wenn der Vorgang gegen das philosophische Gelübde war, wie etwa Klagen aus wucherlichem Darlehen, welches letztere manchmal Philosophen der stoischen

---

[176]) Hermotimus 747 ὥσπερ ὑπό τινος πυρὸς ἅπαντα ταῦτα περιαιρεθέντες ... ἀνελθόντες ἐπὶ τὸ ἄκρο νεὐδαιμονοῦσι, πλούτου καὶ δόξης καὶ ἡδονῶν ἀλλ' οὐδὲ μεμνημένοι ἔτι, καταγελῶντες δὲ τῶν οἰομένων ταῦτ' εἶναι.

[177]) Hermotimus p. 748 ff.: ἐκεῖνον αὐτὸν, ἐπεὶ τὸν μισθὸν οὐκ ἀπεδίδου κατὰ καιρὸν, ἀπήγαγε παρὰ τὸν ἄρχοντα ἔναγχος, περιθείς γε αὐτὸν θοιμάτιον περὶ τὸν τράχηλον καὶ ἐβόα καὶ ὠργίζετο. cf. Lucian Convivium p. 440.

[178]) Hartmann ordo judiciorum II. 498.

[179]) Icaromenippus p. 770. cf. 786.

[180]) Lucian p. 351 ed. Lehmann V. 192.

Richtung zum Vorwurf gemacht wird.[181]) Ganz anders verhielt es sich mit der Klage eines Philosophen auf Honorar, die dieser auf Grund angeblicher philosophischer Dienstleistungen erhob.

Der Philosoph, und zwar nach der oben angedeuteten Auffassung des römischen Rechtes, nicht bloss der einer stoischen Richtung angehörige, handelte dadurch gegen sein Bekenntniss und bewies hiemit, dass er sich fälschlich für einen Philosophen ausgab [182]) und schon desswegen auf Honorar für philosophischen Unterricht keinen Anspruch habe.[183]) Andererseits aber wurde durch die Namens der Philosophie erhobene Forderung die Absicht bewiesen, dieselbe zum Erwerb, zu mercenärem Dienste zu missbrauchen. Der Vorwurf mercenären Betriebes der Philosophie tritt denn auch in Verbindung mit den Anklagen wegen der Honorarprozesse auf und wird durch letztere selbst begründet. Daher erklärt sich die Motivirung, welche Ulpian in l. 1 § 4 D. 50.13 seinem die Honorarprozesse der Philosophen für die Zukunft abschneidenden Anspruch hinzufügt: hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam spernere, was die Basiliken mit Recht dem Sinne und dem Gedankengang des Juristen gemäss übersetzen: καταφρονεῖν δὲ χρημάτων ὀφείλουσιν. Das philosophische Bekenntniss καταφρονεῖν χρημάτων geht in der speziellen Anwendung, um welche es sich in l. 1 § 4 D. 50.13 handelt, auf mercenariam operam spernere, um so mehr, wenn die mercenaria opera auf die Philosophie selbst sich beziehen und diese zur Lohnkunst (χρηματιστική) erniedrigen würde. In dieser speziellen Anwendung ist auch die professio καταφρονεῖν χρημάτων in der That nicht bloss für Stoiker, sondern für Philosophen überhaupt „prima professio" und die Grundlage ihres ganzen Wissenschaftsbetriebes.

19. Nach dem Vorstehenden ist es also das Prozessiren um Geld, welches als ein Widerspruch mit der philosophischen Lehre empfunden wird, welches ferner mit Rücksicht auf die For-

---

[181]) Lucian convivium 440. 443. vitarum auctio 564: Χρύσιππος: μόνῳ γοῦν τὸ δανείζειν πρέποι ἂν τῷ σοφῷ κλ.

[182]) Lucian Icaromenippus 770; Fugitivi p. 298. — l. 6 § 7 D. 27. 1 oben in Anm. 168.

[183]) cf. den Schlusssatz des in Anm. 102 citirten Ediktes des Kaisers Julian.

derung der Harmonie von Theorie und Praxis den Kläger als Scheinphilosophen erkennen lässt, welches endlich die Namens der Philosophie erhobene Klage auf Honorar als Versuch, diesen Beruf zu mercenaria opera zu gebrauchen, kennzeichnet. Das Honorar, das der wirkliche Philosoph annehmen darf, um sich dem Beruf zu erhalten, verlangt Jener nicht für die Zwecke des ihm in Wahrheit fremden Berufs, sondern für sich und der Beruf ist nur das Mittel zum Erwerb. Daher ist die Klage unter allen Umständen als contra bonos mores unbegründet. Dass dies in der That der Gedankengang des römischen Juristen ist, lässt sich aus dem Wortlaut der l. 1 § 4 im Zusammenhalt mit l. 1 § 5 D. 50.13 nachweisen und wir führen daher diesen Wortlaut vollständig vor. Vorher ist aber der Zusammenhang dieser Stellen mit den vorausgehenden und nachfolgenden in l. 1 D. 50.13 festzustellen.

Ulpian befasst sich in l. 1 cit. mit einer bestehenden Gerichtspraxis, die er einer Revision unterwirft. Er constatirt dies an der Spitze der l. 1. selbst:

> Praeses provinciae de mercedibus jus dicere solet, sed praeceptoribus tantum studiorum liberalium. Liberalia autem studia accipimus, quae Graeci ἐλευθέρια appellant.

Zu den Vertretern dieser studia liberalia gehören zweifellos und nach der von Ulpian gebilligten Praxis Rhetoren, Grammatiker, Geometer. Diesen exemplicativen, nicht enumerativen Sinn hat es, wenn er fortfährt:

> rhetores continebuntur, grammatici, geometrae.

Nachdem er sodann in § 2 und 3 die Praxis der Honorarklagen der Aerzte zum Theil als begründet erklärt — eadem causa est quae professorum — zum Theil zurückgewiesen hat, kommt er in § 4 zu den Honorarklagen der Philosophen. Auch diese waren zweifellos Vertreter eines liberalen Berufes und ebenso wie den Rhetoren, Grammatikern und Geometern stand ihnen bisher bereits nach der Praxis das Recht der Honorarklage zu. Ulpian erklärt die letztere für die Philosophen und sodann wegen Gleichheit des Grundes auch für die Juristen als unzulässig, indem er zugleich hervorhebt, dass dies nicht geschehe, weil etwa die Philosophie und Jurisprudenz hinter den anderen artes liberales zurückstehen:

> § 4: An et philosophi professorum numero sint? Et non putem, non quia non religiosa res est, sed quia hoc primum

profiteri eos oportet, mercennariam operam spernere. § 5. Proinde ne juris quidem civilis professoribus jus dicent: est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in judicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. Quaedam enim, tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur.

Die Philosophen gehören nicht zu den „Professoren", sagt Ulpian; hiemit will er nicht die Thatsache in Abrede stellen, dass sie zu den praeceptores studiorum liberalium zählen, unter welchen sie ja eine hervorragende Stellung einnehmen; für den Richter aber, den praeses provinciae sollen sie nach Ulpian „Professoren", also mit Honorarklagrecht ausgestattete Lehrer einer ars liberalis, nicht vorstellen dürfen. Aehnlich drückt sich Ulpian, nur im umgekehrten Sinne, bezüglich der Aerzte in § 2 aus, indem er sagt, deren causa sei eadem „quae professorum", sie haben ebensogut wie diese ein Klagrecht. — Indem Ulpian dieses letztere den Philosophen abspricht, verwahrt er sich dagegen, wie bemerkt, dass man ihm etwa als Motiv eine, im Verhältniss zur Schätzung der anderen artes liberales, geringere Meinung von der Philosophie unterstelle: Als „Professoren" kann er die Philosophen nicht anerkennen „non, quia non religiosa res est" „nicht etwa desswegen, weil deren Sache nicht eine heilige ist." Wir haben unter III. 12 oben dargelegt, dass die Auffassung der artes liberales als priesterlicher Berufe, als Priesterthum der Wissenschaft, wodurch einerseits die Hochschätzung der letzteren, andererseits deren Entgeltsunfähigkeit zum Ausdruck gelangt, den Griechen wie den Römern gemeinsam ist[184]) und dass insbesondere Ulpian von derselben in l. 1 § 1 D. 1. 1 Gebrauch macht. Non, quia non religiosa res est, will also hier sagen: „nicht als ob der Beruf der Philosophie, ebenso gut wie derjenige anderer artes liberales zu den hochverehrten τέχναι ἱερώτεραι gehörte," welchen nach l. 1 pr. D. 50. 13 das Honorarklagrecht eingeräumt ist; nicht aus solchem Grunde wird den Philosophen dieses Recht abgesprochen, sondern weil die Klage mit der prima professio dieses Berufs im Widerspruch stünde; und zwar die Klage an und für sich,

[184]) cf. Anm. 85 ff.

in ihrer Eigenschaft als eine Form des Anforderns, als Form einer Forderung von Geld und des Verlangens nach Geld, nach Geld, das dem wirklichen Philosophen an sich gleichgiltig sein muss, das er nur als Mittel zu Berufszwecken betrachten und annehmen darf. Auch wenn er für den Beruf, nicht für sich, des Geldes bedarf, wenn ihm also das Honorar nicht merces, sondern Sustentation für den Beruf wäre, darf er nicht im Namen der Philosophie diesen Weg des Streites um Geld betreten, auf welchem die Majestät der Wissenschaft der Verunglimpfung ausgesetzt ist, pecuniären Erörterungen nämlich, wie sie vor Gericht unvermeidlich sind, wenn Remuneration von Berufsleistungen verlangt wird. In dieser Lage ist aber der Philosoph, der auf Honorar klagt; wenn auch ihm dieses nur Sustentation für den Beruf wäre, so verlangt er dasselbe doch nicht von Jedermann, sondern nur von demjenigen, dem er die Leistungen des Berufes widmete, also offenbar in Provocation eines animus remunerandi des Empfängers dieser Leistungen, der, zum Dank für das ihm gewordene beneficium, den Beruf, dem dasselbe entsprang, sustentiren helfen soll. Hiebei liegt erstens nahe, dass der Empfänger der philosophischen Leistung die von ihm zu leistende Remuneration, wenn sie im Prozessweg gefordert wird, nicht im richtigen, sondern im mercenären Sinne auffasst, als von ihm erwartete und geforderte Bezahlung des Dienstes, der in Wirklichkeit entgeltsunfähig ist; und ferner ist die Gefahr vorhanden, dass solcher Auffassung entsprechende Erörterungen des Verhältnisses von Berufsleistung und Geldleistung, Vergleichungen der Grösse beider eintreten, dass also die Berufsleistung in Geld geschätzt und damit herabgewürdigt wird. Der Philosoph, der seinen Beruf dieser Gefahr und der Lächerlichkeit des Widerspruchs mit sich selbst um des Unterhalts willen preisgibt, beweist hiemit eben, dass es ihm nur auf letzteren ankommt, dass er also kein Philosoph ist. In der That waren es prozessuale Honorarverhandlungen von Philosophen, — wie solche Lucian in aller Breite schildert[185]) — deren schreiender Contrast mit dem philosophischen Bekenntniss auch den Ungebildeten in die Augen fiel, welche als Sacrilegium an der Philosophie von deren Freunden angesehen wurde und es ist ein Ausdruck der

[185]) Lucian Hermotimus l. c.

Empörung über das Gebahren der Scheinphilosophen, wenn Lucian das Prozessiren um ein Philosophenhonorar mit gemeinen Verbrechen, wie Meineid auf gleiche Stufe stellt.[186])

Auf die Philosophie war daher anwendbar, was Ulpian in § 5 der l. 1 cit. von der Jurisprudenz sagt, welcher aus demselben Grunde das Honorarklagrecht abgesprochen wird:

> Proinde ne juris quidem civilis professoribus jus dicent: Est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in judicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. Quaedam enim tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur.

„Es ist zwar die Rechtsweisheit eine hochheilige Sache, aber sie soll nicht in Geld geschätzt und nicht entehrt werden, indem der Ehrensold im Gericht gefordert wird, der bei Ablegung des Lehrgelübdes vom Schüler hätte dargebracht werden sollen. Denn Manches wird in ehrenhafter Weise angenommen, aber nur unehrenhafter Weise verlangt.“ — Auch die Jurisprudenz, die civilis sapientia, ist nach Ulpian Philosophie[187]) und als solche der „heiligste“ Beruf. Daher gilt von ihr, was von der anderen, der griechischen Weisheit, und wird mit einem „proinde“ von der Behandlung dieser letzteren der Schluss der Nothwendigkeit gleicher Behandlung der Jurisprudenz gezogen. Daher gelten aber umgekehrt auch die Gründe, welche für die Absprechung der Honorarklagen der Jurisprudenz angegeben werden, auch in gleicher Weise für die Philosophie und erscheinen nur als erweiterte Ausführung der bei dieser fast zu kurz gerathenen Motivirung. Sie lauten aber dahin: Die Jurisprudenz ist ein geweihter Beruf, der in Geld nicht geschätzt werden darf (pretio nummario non sit aestimanda), also entgeltsunfähig ist. Er verträgt den freiwilligen Ehrensold, dessen Darbringung Seitens des Schülers zu Beginn des Unterrichtes erfolgen soll und der ohne Verstoss gegen die Sitte angenommen werden kann. Er verträgt aber nicht die gerichtliche Einforderung dieses Ehrensoldes, welche dazu führt, dass der Betrieb des heiligsten Be-

[186]) Lucian Icaromenippus 770.

[187]) l. 1 § 1 D. 1. 1: veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes.

rufes entehrt wird, indem die Berufsleistung in Geld abgeschätzt wird (quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in judicio honor petitur).

Auf dem Rechtsweg verwandelt sich der honor des Juristen, welcher in Ehren angenommen werden darf, in ein pretium nummarium, dessen Festsetzung die Wissenschaft beschimpft. Auch die philosophische Berufsleistung verwandelt sich in mercenaria opera durch den Prozess, in welchem der Philosoph für die Verkündigung der Lehre von der Werthlosigkeit des Geldes Geld fordert, den Schüler selbst zum Kampf um das verachtete Gut vor Gericht schleppt und so auf offenem Marktplatz die Nichtigkeit seiner Lehrüberzeugung durch sein eigenes Thun bekräftigt und beweist, dass nicht die Wahrheit sein Ziel ist, sondern der Dienst, den sie, die in seinem Munde Lüge ist, ihm leisten soll zum mercenären Erwerb. Zu diesem Dienste darf der Präses provinciae seine richterliche Hilfe nicht leihen.

20. Die Entscheidung der l. 1 § 4 D. 50. 13 bezüglich der Honorarklagen der Philosophen stellt den Abschluss einer sechshundertjährigen Entwicklung dar. Der moralische und logische Zusammenhang, in welchen die hellenischen Philosophen die Entscheidung der Unterhaltsfrage mit dem Inhalt der jeweiligen theoretischen Ethik brachten, ist in ihr zum rechtlichen Zusammenhang gesteigert, und zwar zum rechtlichen Zusammenhang mit einer Philosophie der Askese. Damit war nicht bloss das von den ersten Sophisten behauptete Recht, von der Philosophie zu leben, beseitigt, sondern auch das Recht, für die Philosophie zu leben, soweit dasselbe thatsächlich von einem Honorarrecht bedingt war. Das sophistische Recht von der Philosophie zu leben, war der Pflicht des Stoikers und Cynikers, für die Philosophie zu hungern und zu sterben, gewichen. [188])

[188]) Seneca ep. 70: Non enim vivere bonum est, sed bene vivere. Itaque sapiens vivit, quantum debet, non quantum potest. Videbit, ubi victurus est, cum quibus, quomodo, quid acturus. Cogitat semper qualis vita, non quanta sit. Si multa occurrunt molesta et tranquillitatem turbantia, emittit se. . . nihil existimat sua referre, faciat finem an accipiat. — Epicteti diss. II. 6: Τὸ ζῆν ἀδιάφορον, ἡ χρῆσις οὐκ ἀδιάφορος. — cf. Seneca ep. 37. 1.

Von dieser Entwicklung sind die übrigen artes liberales, welche nicht ein ausschliesslich ethisches, sondern ein vorwiegend, wenn auch nicht bloss technisches Lehrobject und Betriebsobject besassen, nicht berührt worden. Die Freiheit der wissenschaftlichen Berufsleistung wurde hier, sofern das Honorar nur als Unterhalt aufgefasst ward, nicht angetastet durch die Klage aufs Honorar, sowenig als nach den Bestimmungen des canonischen Rechtes die Zwangsbeitreibung der zum Unterhalt der Diener der Kirche bestimmten Oblationen die letzteren in merces verwandelte. Ein Widerspruch der professio prima artis und des Prozessirens an sich, wie wir solchen bei der Philosophie sahen, war hier nicht begründet. Während um dieses Widerspruchs willen die philosophische Berufsleistung durch die Klage auf das Honorar sich in banausische mercenaria opera verwandelte, konnte der Vorwurf der Banausie die Rhetoren, Grammatiker, Geometer und Aerzte wegen dieser Form des Honorarbegehrens nicht treffen.

Wir sind daher in der Lage die oben (15 p. 400) gestellte Frage, ob in l. 1 § 4 in Verbindung mit l. 1 pr. § 1 D. 50. 13 die liberalen Berufe der Grammatik, Rhetorik, Geometrie und Medicin in einen banausischen Gegensatz zur Philosophie und Jurisprudenz gebracht werden, zu verneinen. Das mercenariam operam spernere der l. 1 § 4, anscheinend eine besondere Berufspflicht der Philosophen, erwies sich uns als Hinweis auf die mercenäre Stempelung, welche dem philosophischen Berufsbetrieb durch das Prozessiren auf das Honorar hinterher aufgedrückt wird, diese aber als die geschichtliche Consequenz der Oberherrschaft einer einzelnen gerade mit dieser Form der Unterhaltsbeschaffung nicht harmonierenden philosophischen Richtung und der rechtlichen Monopolisirung derselben im Gebiete der practischen Philosophie. Nicht die Wissenschaft als solche widerstrebte der Honorarklage, sondern die stoische und cynische Ethik, welche dem Philosophen, der als Philosoph nach ihren Gesetzen nicht zu leben vermag, in der Beendigung des Lebens ein Auskunftsmittel zeigt, in Uebereinstimmung mit sich und dem Beruf zu bleiben, da „das Leben zwar gleichgiltig ist, aber nicht gleichgiltig ist der Lebenswandel“.[189] Wenn aber das römische

[189]) Epictet Diss. II. 6, oben A. 188.

Recht auch auf den philosophischen Berufsbetrieb die eigenen Grundsätze der oder einer Philosophie anwandte, so hat es dieselben doch nicht den übrigen artes liberales octroirt, es hat diese letzteren nicht vor die Wahl gestellt, entweder nach jenen Grundsätzen lebend auf Honorarklage zu verzichten oder die Beurtheilung als banause Berufe sich gefallen zu lassen. Dies soll in Abschnitt V und VI positiv an den Beispielen der Medicin und der practischen Geometrie dargethan werden, deren Wahl für den beabsichtigten Nachweis durch die oben p. 400 angeführten, anscheinend die Banausie dieser Berufe voraussetzenden, Gesetzesstellen besonders veranlasst ist.

V.

21. Das Ergebniss der vorstehenden Untersuchung der l. 1 D. 50. 13 ist, dass ein principieller Unterschied zwischen Philosophie und Jurisprudenz einerseits und den übrigen artes liberales andererseits im Punkte der Entgeltsunfähigkeit aus dieser Stelle sich nicht ableiten lässt. Zu III haben wir unter den Artes liberales auch die Medizin gefunden;[190] in l. 1 § 1 D. 50. 13 wird derselben ebenfalls gedacht und gerade in Bezug auf sie die Praxis der extraordinaria cognitio als besonders gerechtfertigt erklärt:

> Medicorum quoque eadem causa est quae professorum, nisi quod justior, cum hi salutis hominum, illi studiorum curam agant: et ideo his quoque extra ordinem jus dici debet.

Dass extraordinaria cognitio eingeräumt wurde, setzt ein Bedürfniss für solche „ausserordentliche Hilfeleistung des kaiserlichen Gerichts[191]) voraus, setzt voraus, dass zum Schutze des Honorarrechts nicht bereits eine civilrechtliche Aktio zur Verfügung stand, dass also ein neuer im Civilrechte engeren Sinnes nicht, beziehungsweise nicht vollständig bedachter Rechtsfall

[190]) siehe noch Seneca ep. 95. 5: artes quoque pleraeque, immo ex omnibus liberalissimae, habent sua decreta, sicut medicina.

[191]) Pernice, volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit in „jur. Abhandlungen", Festgabe für G. Beseler, Berlin 1885. Das Verhältniss des prätorischen Rechts zum s. g. jus extraordinarium ist hiemit nicht berührt.

in Frage ist, wie dies denn auch bezüglich der in l. 1 D. 50.13 erwähnten Fälle allgemein angenommen wird.[192])

Hiemit scheint nun die ebenfalls von Ulpian herrührende l. 7 § 8 D. 9.2 im Widerspruch zu stehen.

Ulpianus l. 18 ad edictum: Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem.

Wenn hier Ulpian auf Proculus sich bezieht, ohne dessen Ausspruch etwas hinzuzufügen, so eignet er sich das Referat als persönliche Meinung an. Actio ex locato setzt eine locatio-conductio und diese ein „factum quod locari solet"[193]) voraus. Wir haben aber oben (III) gesehen, dass den Alten, Griechen und Römern, nicht bloss der Betrieb der Philosophie und Jurisprudenz, sondern wissenschaftliche Berufsleistung überhaupt nicht zu den facta quae locari solent gehörten, dass im Gegentheile der Versuch einer locatio-conductio bezüglich derselben als ein Verstoss gegen die Sitte, ja gegen die Sittlichkeit erschien. Würde sich die l. 7 § 8 D. 9. 2 auf die Medicin überhaupt und allgemein beziehen, so würde mit Rücksicht auf l. 1 § 1 D. 50.13 ein Widerspruch Ulpians (und der Compilatoren) mit sich selbst vorliegen.

In Wirklichkeit handelt es sich nicht um einen Widerspruch, sondern um einen Gegensatz, welchen das mehrdeutige Wort medicus verhüllt, den Gegensatz nämlich der wissenschaftlichen und handwerksmässigen, der liberalen und der illiberalen Medicin; die Differenz der technischen, socialen und rechtlichen Berufsverhältnisse derselben war gross genug, um trotz der Gleichheit des Namens keine Verwechselung aufkommen zu lassen. Wir erachten es nicht des Orts, das ziemlich reiche Quellenmaterial zum Nachweis des erwähnten Unterschiedes hier vollständig anzuführen. Andererseits aber können wir nicht ganz darauf verzichten, die Quellen reden zu lassen, da der hier angedeutete Gegensatz in der Wissenschaftsgeschichte

---

[192]) Bekker, Aktionen II. 194, Nr. 4; Brinz, Pandekten (2. Aufl.) I. 306, N. 15, 309 N. 37; Ubbelohde in Hartmann, ordo judiciorum I. 494, 519. Pernice l. c. p. 66. cf. Kuntze, die Obligationen p. 304 ff. Der Streit zwischen Kuntze l. c. und Wlassak, kritische Studien dürfte diesen Punkt nicht angehen.

[193]) l. 5 § 2 D. 19. 5.

bisher keine oder nur anekdotische Beachtung gefunden hat. Derselbe hängt aber zusammen mit der dem Alterthum eigenthümlichen höheren Schätzung der geistigen Arbeit gegenüber vorwiegend körperlicher Bethätigung. In Bezug auf die Medicin tritt die Ueberlegenheit der geistigen Berufsübung schon im achten Jahrhundert vor Christus bei dem cyclischen Dichter Arktinos hervor, in der Art, wie hier die ärztliche Kunst der Dia- und Prognose gewürdigt wird, welche den Podalirios, des Asklepios Sohn, auszeichnet. Ihm und seinem Bruder Machaon hatte der Vater Heilmittel verliehen, dem Machaon die leichte Hand, Geschosse aus den Wunden zu ziehen und zu schneiden; die vorzüglichere Gabe aber dem Podalirios, den Scharfsinn, Unsichtbares zu erkennen und schwer Heilbares zu heilen; [194]) und er erkennt zuerst das Gehirnleiden des „rasenden Ajax."

In dieser Dichterstelle erscheint die Dia- und Prognose als besonderes Merkmal der inneren Medicin, welches derselben im Verhältnisse zur Chirurgie und äusseren Medicin vornehmere Stellung verleiht.[195]) In der fraglichen Kunst concurrirten bis in die Zeiten des erlöschenden Heidenthums mit den Aerzten die verschiedenen zukunftskundigen Götter, deren Beruf die ärztlichen Vorhersagungen waren, vor Allem Asklepios.[196]) Ursprünglich trat dieser Zweig der Medicin vielleicht nur in den Formen des Götterdienstes auf.[197]) Nach einer im Alterthum verbreiteten Sage soll Hippocrates, selbst ein „Asklepiade", mit dem im Asklepiostempel zu Kos auf Weihetafeln angehäuften prognostischen Schatz in die Welt gegangen sein und „medicinam hanc quae clinice vocatur",[198]) begründet haben. In Wirk-

[194]) Τῷ μὲν κουφοτέρας χεῖρας πόρεν ἔκ τε βέλεμνα
Σαρκός ἑλεῖν τμῆξαί τε καὶ ἕλκεα πάντ' ἀκέσασθαι·
Τῷ δ'ἀκριβέα πάντ' εἰνὶ στήθεσσιν ἔθηκεν
Ἄσκοπά τε γνῶναι καὶ ἀναλθέα ἰάσασθαι.

Welcker kleine Schriften III. 47. Vgl. dagegen Celsus de medicina I. prooem.

[195]) Celsus de medicina prooem. Ex tribus medicinae partibus ut difficillima, sic etiam clarissima est ea, quae morbis medetur (ed Ritter & Albers p. 4.).

[196]) Galenus ed. Kühn I. 2: καὶ τῶν θείων τεχνῶν οὐκ ἀπολείπεται (ἄνθρωπος) ζηλῶν μὲν Ἀσκληπιοῦ τέχνην ἰατρικήν.

[197]) a. M. Puschmann, Einleitung zu Alexander von Tralles I. 2. Daselbst über die Asklepieien, die Asklepiaden und die Asklepiospriester.

[198]) Plinius maj. historia natur. lib. 29. c. 1. 2.

lichkeit aber war die Prognose wol lange vor Hippocrates „profanirt.“ In keiner der prognostischen Schriften der hippocratischen Sammlung, auch nicht in den „koischen Vorhersagungen“ (κωακαί προγνώσεις), die zumeist mit den Heilorakeln des koischen Asklepios in Verbindung gebracht und in vorhippocratische Zeit verwiesen werden, findet sich eine Spur theologischen Ursprungs oder Zusammenhanges. Zu Hippocrates Zeit stand die profane innere Medicin, statt mit der ihre Sonderwege gehenden medizinischen Theologie, im Zusammenhang mit der **Philosophie** und sie hat sich diesen Bund durch das ganze Alterthum erhalten, wie zalreiche Stellen der ärztlichen und der philosophischen Klassiker bezeugen. Hippocrates nennt den philosophisch geschulten Arzt einen gottgleichen.[199] Galenus hat der Philosophie als einer propädeutischen Disciplin im Bereich des medicinischen Studiums eine eigene Schrift[200] gewidmet.

Wie Galenus, so waren alle grossen Aerzte des classischen Alterthums philosophisch gebildet, so Asklepiades zu Ciceros Zeit, der das Natur-System des Epicur mit demjenigen des Democritos zur Anwendung auf die Medicin vereinigte, so Athenäus, der dasselbe mit der stoischen Philosophie that.[201] Aurelius Celsus de medicina praefat. erklärt, die Arzneiwissenschaft sei ursprünglich ein Theil der Philosophie gewesen, Hippocrates habe sie zuerst aus dem Gebiet der letzteren ausgeschieden und gesonderter Bearbeitung unterzogen. Die Philosophie war aber nicht bloss eine propädeutische Disciplin für die Aerzte, da dieselbe in dem als „Physik“ bezeichneten Theile,[202] der Lehre von den Elementen der Welt und des menschlichen Leibes, zur Erforschung der letzten Ursachen der inneren Krankheiten, des Geheimnisses der ohne äussere Verletzung vor sich gehenden krankhaften Veränderungen des Organismus heranzuziehen war.[203] Die „Physik“ aber zog Arithmetik, Geometrie, Astronomie, ferner den dialektischen und

---

[199] Ἰητρὸς γὰρ φιλόσοφος ἰσόθεος. περὶ εὐσχημοσύνης ed. Littré IX. 232.

[200] Ὅτι ἄριστος ἰατρὸς καὶ φιλόσοφος, Kühn I. 53 ss.

[201] cf. Haeser, Geschichte der Medicin. §§ 82, 102.

[202] Galenus Kühn. I. p. 61.

[203] abditae causae morborum bei Celsus de medicina ed. Ritter und Albers p. 5; Galenus op. XV. p. 303 „ἄδηλα αἴτια“; εἰδέναι δὲ δεῖ πάντως τὰ αἴτια ..

schon in vorhippocratischer Zeit auch den ethischen Theil der Philosophie in den Kreis der medicinischen Propädeutik, die sämmtlichen liberalen Disciplinen wurden nach Inhalt und Methode Mittel zu ärztlichen Zwecken. Mit Stolz sagt Hippokrates, dass in der Medicin die ganze Philosophie enthalten sei, und die „das Gesetz“ betitelte hippocratische Schrift nennt die Medicin die „glänzendste Wissenschaft.“ [204]) „Was bleibt dem Arzte, der seinen Beruf würdig übt, zum Philosophen noch übrig,“ fragt Galenus in der erwähnten Schrift, in welcher nachgewiesen wird, dass der richtige Arzt ein Philosoph ist, „da seine Wissenschaft alle Theile der Philosophie enthält, den physischen, wie den logischen und ethischen?“[205]) Des ethischen Theiles bedarf er vor Allem für die Uebung seiner „τέχνη φιλάνθρωπος“,[206]) aber auch schon für die Erlernung derselben. „Denn das Ziel der Wissenschaft kann der nicht erreichen, der sie erlernt, nicht um ein Wohlthäter der Menschen zu werden, sondern um Geld zu erwerben. Es ist nicht möglich, zugleich nach Geld und Wissenschaft, zumal einer so gewaltigen, zu streben, sondern das eine oder die andere muss verachtet werden.“ Die Könige der Welt wird der Arzt zwar behandeln, aber nach verrichtetem Werk sie verlassen, um sich den Armen zu widmen. So äussert sich, nach hippocratischem Vorbild,[207]) Galenus,[207a]) bekanntlich ein am römischen Kaiserhof und bei der römischen Nobilität besonders angesehener Arzt und zwar in Uebereinstimmung mit den im römischen Recht enthaltenen

---

[204]) περὶ εὐσχημοσύνης ed. Littré IX. 232: ἔνι τὰ πρὸς σοφίην ἐν ἰατρικῇ πάντα, ἀφιλαργυρίη, ἐρυθρίησις, καταστολή, δόξα, κρίσις, ἡσυχίη . . . — Νόμος ed. Littré IV. 642: Ἰητρικὴ τεχνέων μὲν πασέων ἐστὶν ἐπιφανεστάτη. cf. Isidorus Hispalensis originum lib. IV. c. 13: quaeritur a quibusdam, quare inter ceteras artes liberales medicina non contineatur. Propterea quod illae singulares continent causas, ista vero omnium.

[205]) Gal. Kühn I. p. 60. 61.

[206]) Galenus I. p. 56. — Alexander von Tralles, her. von Puschmann I. 369.

[207]) Hippocrates ed. Littré IX. 258 (praecepta): „Wenn Gelegenheit zur Berufsübung bei einem Fremden und Armen sich bietet, so ist solchen Leuten vor Allem Hilfe zu leisten. Wo Menschenliebe ist, da ist auch Liebe zum Beruf“. (Ἢν δὲ καιρὸς χορηγίης ξένῳ τε ἐόντι καὶ ἀπορέοντι, μάλιστα ἐπαρκέειν τοῖσιν τοιουτέοισιν· ἢν γὰρ παρῇ φιλανθρωπίη, πάρεστι καὶ φιλοτεχνίη).

[207a]) Kühn I. p. 58.

moralischen Anschauungen. „honeste obsequi tenuioribus malint quam turpiter servire divitibus," besagt eine Vorschrift der Kaiser Valentinian, Valens und Gratian für die öffentlich angestellten Aerzte vom Jahre 370.[208])

Dieser Auffassung des Wissenschaftsbetriebes entsprach es, dass das Honorar lediglich als Sustentation für die Zwecke der Wissenschaft seine Rechtfertigung fand, wie wir dies sowohl aus der hippocratischen Sammlung und zwar aus den ältesten Bestandteilen derselben, als auch aus den Werken des Galenus[209]) entnehmen, welcher letztere die medicinische Wissenschaft das ganze Mittelalter hindurch beherrscht hat.

So erhob sich die innere Medicin zur „secunda philosophia", wie sie Isidorus Hispalensis nennt[210]) und schon zu Hippocrates Zeit scheint sogar die Gefahr eines Ueberwucherns der blossen Theorie über die Praxis nicht ausgeschlossen gewesen zu sein. Μὴ λόγῳ μοῦνον, ἀλλὰ καὶ ἔργῳ ἰητροὺς νομίζεσθαι, ist im hippocratischen „Νόμος" den angehenden Aerzten vorgeschrieben. Galenus[211]) erwähnt, dass eine Controverse bestehe, ob die Medicin eine Wissenschaft (ἐπιστήμη) oder eine Kunst (τέχνη) sei, und spricht sich für letztere Ansicht aus, aber nur desswegen, weil er unter ἐπιστήμη eine abstrakte durch reale Voraussetzungen ungehemmte Erkenntniss (γνῶσις) versteht, welchem Begriff nicht einmal die „Physik" entsprach.

Mit der erwähnten Gestaltung der wissenschaftlichen Medicin hing die Erscheinung der s. g. Jatrosophisten, ärztlicher Theoretiker, zusammen, die wir bei Galenus in wenig schmeichelhafter Schilderung finden und bis auf Hippocrates zurückverfolgen können. Plato und Hippocrates machen bereits auf das banausische und dabei geckenhafte Wesen[212]) dieser Sophisten aufmerksam, ersterer schlägt vor, ihnen den Namen Arzt zu versagen und sie wegen Verführung der Jugend vor

---

[208]) l. 9 C. de professoribus et medicis 10. 53.

[209]) Hippocrates praecepta ed. Littré IX. p. 258: τῆς δ'ἐπικαρπίης, μὴ ἄνευ τῆς ἐπισκευαζούσης πρὸς μάθησιν ἐπιθυμίης. — Galenus l. c. I. 58.

[210]) origin. IV. 13.

[211]) Εἰσαγωγή ἢ ἰατρὸς Kühn XIV. 684 ss.

[212]) κὴν γὰρ ἔωσιν ὑπερηφανέως κεκοσμημένοι" Hippocr. περὶ εὐσχημοσύνης Littré IX. 228.

Gericht zu stellen;[213]) letzterer erwähnt gesetzgeberische Massregeln gegen dieselben.[214]) Bei Galenus erscheinen sie als der Praxis unkundige ärztliche Schulmeister oder blosse „Maulärzte" (λογιατροί) wie sie das Volk unhöflich nennt. Das Wort λογικός, sonst ein Ehrentitel des wissenschaftlichen rationellen Arztes, ist nach der Mittheilung des Galenus in Folge der leeren Wortdrescherei der Sophisten zum Schimpfnamen geworden.[215])

Diese Beschreibung passt auch auf einzelne uns bekannt gewordene Jatrosophisten[216]) ziemlich genau. Wenn sie trotzdem — oder in Folge davon — sich zalreicher Zuhörer erfreuten, wie aus den Klagen der grossen Aerzte hervorgeht,[217]) so gelang es ihnen doch nicht, den medicinischen Unterricht zu ihrem Monopol zu machen. Nur in Alexandria scheint in christlicher Kaiserzeit mit dem Ueberhandnehmen des blossen Bücherstudiums der medicinische Unterricht so in ihre Hände gerathen zu sein, dass dortselbst der Titel Jatrosophist identificirt werden konnte mit dem „Lehrer der Arzneiwissenschaft", und dass es als etwas Aussergewöhnliches von einem dortigen Lehrer der Heilkunst hervorgehoben wird, wenn derselbe nicht bloss in der Theorie, sondern auch in der Praxis tüchtig ist.[218]) Aber ausserhalb Alexandrias lag der ärztliche Unterricht von jeher vorwiegend in den Händen der Praktiker; Hippocrates empfiehlt schon dem Arzt, durch seine Schüler die richtige Ausführung seiner Anordnungen ständig zu controlliren.[218a]) Galenus genoss in

[213]) Plato Politic. 299 d.

[214]) Hippocr. περὶ εὐσχημοσύνης ed. Littré IX. 228: νομοθεσίην τίθενται, ἀναίρεσιν ἐκ τῶν πόλεων.

[215]) Galenus ed. Kühn X. 582. XI. 324 ss. XIV. 630. XV. 159; XVIIIb. 7. 12. 15. 659. 665. 858; cf. σχολαστικός als ein Schimpfwort Galenus Kühn X. 580. cf. Philo Judaeus ed. Mangeiana I. 199. Plinius histor. nat. 26. 6.

[216]) z. B. den berühmten Magnos, der bei Theophilus de urinis prooem. als Jatrosophist bezeichnet wird. cf. Eunapius βίοι σοφιστῶν ed. Boissonnade p. 497 Σιωπᾷν μὲν ἐν τῷ λέγειν τοὺς ἰατροὺς ἠνάγκαζε, θεραπεύειν δέ οὐκ ἐδόκει· δυνατός εἶναι καθάπερ λέγειν.

[217]) Hippocrates περὶ εὐσχημοσύνης l. c.; Galenus Kühn XI. 329.

[218]) Eunapius βίοι p. 497. Juliani ep. 45. Kuhn Verfassung des römischen Reichs I. 89.

[218a]) Hippocrates ed. Littré IX. 243. τῶν δὲ μανθανόντων ἔστω τὶς ὁ ἐφεστὼς, ὅκως τοῖσιν παραγγέλμασιν οὐκ ἀκαίρως χρήσεται.

Pergamum bei fünf practischen Aerzten Unterricht, welche niemals als Sophisten von ihm bezeichnet werden. [219]) Zu Beginn der Kaiserzeit treten Aerzte mit einer ungeheuern Schülerzal auf, so ein gewisser Thessalus, dessen Galenus häufig gedenkt. [220]) Einen solchen practischen Lehrer der Medicin verspottet Martial:

In Symmachum.
Languebam, sed tu comitatus protinus ad me
Venisti centum, Symmache, discipulis.
Centum me tetigere manus Aquilone gelatae.
Non habui febrem, Symmache; nunc habeo.

Dass auch in der späteren Kaiserzeit die Lage nicht allgemein so wie in Alexandria war, ergibt l. 3 C. Theod. de profess. et med. = l. 6 C. J. 10. 53, woselbst die alten Privilegien der medici bestätigt werden „quo facilius . . . memoratis artibus multos instituant."

Es ist nach Vorstehendem nicht richtig, wenn Kuhn [221]) behauptet, für Lehrer der Arzneiwissenschaft seien erst unter den christlichen Kaisern die eigenthümlichen Bezeichnungen ἰατροσοφισταί, ἰατρικῶν λόγων σοφισταί aufgekommen, und sodann meint, es weise dies „auf ein bedeutenderes Hervortreten ihres Faches, als eines besonderen Lehrzweiges, erst in späterer Zeit" hin. [222]) Mit der letzteren Behauptung Kuhns ist schon die Thatsache unvereinbar, dass die Medicin bereits zu Hippocrates Zeit als ein ausgedehntes und wolgeordnetes Lehrsystem erscheint, in welchem allgemeine Einführungsschriften und Belehrungen über die Aufgabe des zukünftigen Arztes eine — später sich noch bedeutender gestaltende — Stelle finden. [223])

---

[219]) Galen. ed. Kühn I. 627; II. 224; V. 112, 119; XVI. 484, 524; XVIIa. 575.

[220]) Kühn I. 176; X. 8, 252; XI. 749; XIII. 393. cf. XIV. 600.

[221]) Verfassung des röm. Reichs. I. 89.

[222]) cf. Lampridius, Alexander Severus c. 44: . . . medicis . . salaria instituit et auditoria decrevit et discipulos cum annonis pauperum filios, modo ingenuos, dari jussit. Für das theoretische Interesse an der Medicin vgl. Gellius, N. A. XVIII. 10; Galen. XIV. 612.

[223]) Hippocrates Νόμος, περὶ τέχνης, περὶ ἰητροῦ, περὶ εὐσχημοσύνης ed. Littré IV. 638; VI. 2; IX. 204, 226. — Galenus XIX. 12 περὶ τῶν ἰδίων βιβλίων; I. 1—39 προτρεπτικὸς λόγος; I. 40 ss. περὶ ἀρίστης διδασκαλίας; I. 53 ss. ὅτι ἄριστος ἰατρὸς καὶ φιλόσοφος; I. 65 ss. περὶ αἱρέσεων τοῖς εἰσαγομένοις u. s. f.

Für diesen methodologischen Zweig der medicinischen Literatur ist zweierlei bemerkenswerth. Erstens die Forderung einer umfassenden liberalen Vorbildung des Arztes; zweitens die Aufstellung eines Moralcodex im Interesse der Wahrung der wissenschaftlichen Höhe der Medicin. Die Quintessenz hieher bezüglicher Normen fasst bereits der, vorhippocratischer Zeit angehörige, ärztliche „Eid" zusammen, in welchem der Schüler vor Beginn des Unterrichts, ausser dem Gelübde der Dankbarkeit und der Geheimhaltung der Lehre vor jedem nicht durch den Eid Gebundenen, das Versprechen gewissenhafter Berufsübung, der Fernhaltung von Unsittlichkeit und von Begünstigung solcher, endlich der treuen Bewahrung im Berufe anvertrauter Geheimnisse ablegte.[224]) Auf diesen Eid bezieht sich noch die von Cassiodorus mitgetheilte formula comitis archiatrorum:

> In ipsis quippe artis hujus initiis quodam sacerdotii genere sacramenta vos consecrant. Doctoribus enim vestris promittitis, odisse nequitiam et amare puritatem.[225])

So sehr dieser Schuleid noch in vielen Beziehungen der Aufklärung bedarf, so dürfte doch darüber kein Zweifel sein, dass derselbe den Bestand eines organisirten medicinischen Unterrichts voraussetzt. Auf eine feste Studienordnung lässt auch schliessen, wenn der „legitime" Unterricht, die „legitime" Praxis von theoretischem und practischem Pfuscherwesen und Dilettantismus unterschieden werden.[226]) Wenn auch die medicinische Berufsübung weder bei Griechen noch bei Römern von einer Approbation oder Concession abhängig war, so fehlte es doch nicht an den Gelegenheiten, bei welchen sich die fragliche Unterscheidung als eine rechtlich practische erproben konnte.

---

[224]) Ὅρκος, Hippocrates ed. Littré IV. 628. cf. Νόμος ed. Littré IV. 642: τὰ δὲ ἱερὰ ἐόντα πρήγματα ἱεροῖσιν ἀνθρώποισι δείκνυται· βεβήλοισι δέ, οὐ θέμις, πρὶν ἢ τελεσθῶσιν ὀργίοισιν ἐπιστήμης.

[225]) Formula comitis archiatrorum bei Cassiodorus variarum VI. 19 in Migne, patrologiae cursus completus tom. 69. Paris 1848. Ein ähnlicher Eid in dem indischen medicinischen Werke von Susrutas (aus dem 3. Jahrh. p. Chr.) ed. Hessler c. 2.

[226]) Galenus Kühn XIV 600: ἰατρὸς τῷ νόμῳ μεμαθηκότων αὐτὴν (τὴν τέχνην). Kühn I. 7: νομίμως τὰς τέχνας ἐργαζομένους. cf. I. 83. — Hippocrates Νόμος ed. Littré IV. 638. Alexander von Tralles, her. von Puschmann I. p. 371 „ὑπὸ τῶν ἀμεθοδεύτων ἰατρῶν . .

Solche waren im römischen Reich u. A. die Bewerbung um öffentliche Anstellung im Dienste der Gemeinde, um Aufnahme in die Zahl der in Bezug auf die munera privilegirten Aerzte oder in den ordo archiatrorum [227]); der Honorarprozess, sofern die extraordinaria cognitio, wie wir noch sehen werden, eine bestimmte Gattung der Berufsbildung und Berufsübung und damit auch den Besitz solcher überhaupt voraussetzte; endlich der Criminalprozess, dessen Gefahr dem Scheinarzt bei schlimmem Ausgang der Behandlung in erhöhtem Mass drohte, da solchen Falls die Uebernahme der Kur als Verbrechen erachtet werden konnte. [228])

Was die Berufungsübung des wissenschaftlichen inneren Arztes betrifft, so hatte dieselbe nach der zu Galenus Zeit, also im 2. Jahrhundert p. Chr., und später bestehenden Auffassung sich nicht auf manuelle Thätigkeit zu erstrecken; sie beschränkte sich vielmehr auf die geistige Arbeit der Dia- und Prognose, auf entsprechende therapeutische Rathertheilung am Krankenbette und die Ueberwachung der Cur. Die Durchführung der letzteren, soweit sie eine persönliche körperliche Thätigkeit erforderte, war Sache der Umgebung des Kranken und der Heilgehülfen (ὑπηρέται), welche das ständige und unentbehrliche Gefolge des Arztes bildeten. Ihre Aufgabe war insbesondere die Leistung der niederen chirurgischen Dienste und die Anwendung der äusseren Mittel, als z. B. Massage, welche der Arzt bei der Therapie innerer Krankheiten etwa für nöthig erachtete. [229]) Wie der Architekt sich zu den Bauhandwerkern verhält, die unter seinen Befehlen arbeiten, so nach Galenus

[227]) l. 1 D. 50. 9. certi de probitate morum et peritia artis eligant ipsi quibus se liberosque suos in aegritudine corporum committant. cf. l. 4 § 2 ib. l. 10 C. de prof. 10. 53: non ante eorum (archiatrorum) particeps fiat, quam primis qui in ordine reperientur septem vel eo amplius judicantibus idoneus approbetur. Kuhn, Verfassung I. 83 ff.

[228]) l. 6 § 7 D. 1. 18. Sicuti medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit, imputari ei debet: praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet. cf. § 7. J. 4. 3; l. 7 § 8, l. 8 pr. D. 9. 2.

[229]) Galenus Kühn XVII. 2 p. 226. Hier werden einander entgegengesetzt „ἡ ἰατρικὴ καὶ ὁ ἰατρός“ einerseits und „ὁ ὑπηρέτης αὐτοῦ καὶ ἡ φλεβοτομία“ andererseits.

der Arzt zu den ὑπηρέται. Zu den letzteren gehören ausser den Zubereitern der Arzneimittel u. A. die „Uebergiesser", Schröpfkopfsetzer, Aderlasser.[230] „Wenn wir auch diese Arbeiten gelernt haben," heisst es bei Galenus, „wenn wir dieselben auch verrichten, so thun wir wie ein Steuermann, der des Ruderns und der übrigen gewöhnlichen Arbeiten der ihm untergebenen Schiffsmannschaft kundig ist und dieselben gelegentlich verrichtet. Denn auch Feldherrn und Könige wissen mit dem Bogen umzugehen und mit Schwert und Lanze zu kämpfen; aber nicht als Feldherrn oder als Könige haben der Macedonier Alexander, oder dessen Vater Philippus, solche Soldatenwerke verrichtet, sondern indem sie dem königlichen oder Feldherrnberuf untergeordnete Leistungen anstrebten. So stellen wir in unserer Eigenschaft als Aerzte Beschaffenheit, Intensität und Indication der Hilfe erkennend fest, sowie die Art der Durchführung; als (unsere eigenen) Heilgehülfen aber lassen wir zur Ader, oder setzen Schröpfköpfe oder bethätigen sonstige Handanlegung."[231]

Diese vornehme Auffassung der Berufsaufgabe war der älteren Zeit, wie wir sehen werden, nicht bekannt; sie war eine Folge der Trennung von Chirurgie und innerer oder „klinischer" Medicin, welche letztere als Wissenschaft sich von dem „Handwerk" soweit als möglich abzulösen bestrebt war. Dass die innere Medicin als die höhere galt im Verhältniss zur Chirurgie, legt ein Epigramm Martials (I 31) am bündigsten dar:

Chirurgus fuerat, nunc est vespillo Diaulus
Coepit quo poterat clinicus esse modo.

„Diaulus war ein Chirurg, jetzt ist er Leichenträger; So, wie er es vermochte, ist er zum „Kliniker" avancirt (κλίνη = Bahre und = Krankenbett)."

Nach dieser Stelle war der Unterschied von innerer Medicin und Chirurgie zugleich ein technischer und ein Standesunterschied. Dies ergibt auch die Beschränkung der den Gelehrten

[230]) Galenus l. c. p. 229: ἀνάλογον γάρ ἐστιν ὁ ἀρχιτέκτων πρὸς οἰκοδόμους καὶ τέκτονας, καὶ τοὺς ἄλλους τεχνίτας, ὧν ἐστιν ἀρχικὸς ὁ ἰατρὸς πρὸς ὑπηρετας· εἰσί δὲ οὗτοι . . . ἐπιβρέχοντες, κλύζοντες, ἀποσχάζοντες, φλεβοτομοῦντες, σικυάζοντες.

[231]) Galenus Kühn XVII. 2. p. 230.

verliehenen Immunität auf die ἰατροί οἱ περιοδευταί καλούμενοι, welche in l. 6. § 1. D. 27.1 ausgesprochen ist. Denn die περιοδευταί, die ambulanten, d. h. die Kranken besuchenden Aerzte sind identisch mit den „klinischen," sie sind die Vertreter der inneren Medicin, deren Berufsübung in der Rathertheilung am Krankenbett besteht, und die daher den Kranken besuchen,[232]) während die Chirurgie mit ihrem schwerfälligen Apparat[233]) in der Hauptsache in der Werkstätte, dem ἰατρεῖον, der „medicina" ausgeübt wurde und schon äusserlich, ihrem Namen entsprechend, als Handwerk auftrat.

Die Einrichtung des ἰατρεῖον geben Hippocrates, Galenus, Julius Pollux u. A. in einer Weise an, dass die Hauptbestimmung zu chirurgischen Zwecken in die Augen fällt.[234]) Hierauf lässt auch schliessen, dass Galenus wie Hippocrates unter dem Titel κατ' ἰητρεῖον, κατ' ἰατρεῖον einen Theil der Chirurgie behandelten. Hippocrates bemerkt zu Anfang des 1. Buchs über die Epidemien von Patienten, dass sie chirurgischer Hilfe nicht bedürfen und drückt dies so aus: ὁκόσα κατ, ἰητρεῖον ἀνόσως διῆγον; des ἰητρεῖον bedurften diese Patienten nicht.

Abgesehen von der Einrichtung zur chirurgischen Hilfe scheinen sich diese Officinen von den Läden der sonstigen Handwerker und Gewerbetreibenden überhaupt weder in Griechenland, noch in Rom unterschieden zu haben.[235]) Hier wie dort gehörten dieselben zu den Orten, wo sich müssiges Volk

---

[232]) Hierüber Menagius juris civilis amoenitates c. 35 p. 208 ff. Hier wird besonders darauf hingewiesen, dass die Immunität der ἰατροὶ περιοδευταὶ davon abhängig ist, dass sie in der Heimathgemeinde oder in Rom practiciren: l. 6 § 9 D. 27. 1; daher kann das Wort nicht von im Lande oder von Stadt zu Stadt umherziehenden Aerzten verstanden werden.

[233]) Oribasius Synopsis I. 1—2. ed. Daremberg V. p. 2: χειρουργίας δὲ μνήμην οὐ ποιήσομαι, τὸ δυσμεταχείριστον αὐτῆς . . παραιτούμενος· χρεία γὰρ ἐπὶ αὐτῆς μηχανημάτων τε καὶ ὀργάνων οὐδαμῶς εὐπορίστων . .

[234]) Hippocrates κατ' ἰητρεῖον ed. Littré III. 272. Galenus Kühn XVIII. 6 p. 667 ss. Pollux onomasticon IV. 25.

[235]) Aeschines or. contra Timarchum (ed. Francke) § 124 p. 41: Ἐὰν δ'εἰς ἓν δήπου τούτων τῶν ἐπὶ ταῖς ὁδοῖς ἐργαστηρίων ἰατρὸς εἰσοικίσηται, ἰατρεῖον καλεῖται· ἐὰν δ' ὁ μὲν ἐξοικίσηται, εἰς δὲ αὐτὸ τοῦτο τὸ ἐργαστηρίον χαλκεὺς εἰσοικίσηται, χαλκεῖον ἐκλήθη . . .

zur Unterhaltung zusammenfand.[236]) Patienten der ärmeren Volksklassen suchten hier auch gegen innere Leiden Hilfe; die Vorliebe für drastische die Krankheit rasch entscheidende Mittel, darunter vor Allem chirurgische, war ursprünglich allgemein, nach Platos Mittheilung zu seiner Zeit nur mehr dem „gemeinen Mann" eigen, der keine Musse zum Kranksein hatte[237]) und dieser suchte die ihm zusagende Hilfe eher bei den „Dienern der Aerzte" und den illiteraten Empirikern ihres Gleichen,[238]) als bei den vorsichtigen gebildeten Aerzten, welche nur in den äussersten Fällen zu den energischsten Mitteln griffen. Wenn diese aber chirurgische waren, so hinderte den Arzt der hippocratischen Zeit Nichts, unter Assistenz der ὑπηρέται selbst Hand anzulegen,[239]) und nur eine einzige Operation, der Steinschnitt, war ihm durch den ärztlichen Eid verboten.[240]) Erst in Alexandria vollzog sich innerhalb der griechischen Medicin eine Trennung der Chirurgie überhaupt von der inneren Medicin.[241]) In Egypten existirte bereits vor der griechischen Invasion eine alte priestergesetzliche Ordnung der einheimischen Medicin, wonach die Dia- und Prognose streng von der Therapie geschieden, die erstere priesterlichen Aerzten höheren Grades zugewiesen war, die letztere dagegen einem halbpriesterlichen, nach den Heilobjecten kastenmässig gegliederten Handwerkerstand, der nach einem „νόμος ἔγγραφος", den s. g. hermetischen

[236]) Aeschines l. c. § 40. 42 p. 17. 18. — Plautus Epidicus II. sc. II. v. 14 ss.

[237]) Plato respubl. 405—409 cf. 407 „οὐ σχολὴ κάμνειν". Ueber den alten Aphorismus ὁκόσα φάρμακα οὐκ ἰῆται, σίδηρος ἰῆται, ὁκόσα σίδηρος οὐκ ἰῆται, πῦρ ἰῆται, ὁκόσα πῦρ οὐκ ἰῆται ταῦτα χρὴ νομίζειν ἀνίατα vgl. Welckers Untersuchung über „Brennen und Schneiden" in kleine Schriften III. 209—207; ferner Aretaeus περὶ αἰτιῶν καὶ σημείων χρονικῶν παθῶν I. c. 2 (Kühn p. 67).

[238]) Plato leges 720. Die Heilgehülfen heissen auch Aerzte: Εἰσὶ πού τίνες ἰατροί, φαμεν καί τινες ὑπηρέται τῶν ἰατρῶν, ἰατροὺς δὲ καλοῦμεν καὶ τούτους. Ueber die Rohheit der Praxis derselben im Gegensatze zu den freien Aerzten: Plato leges 721; Hippocrates ed. Littré IX. 243.

[239]) Hippocrates περὶ ἀρχαίης ἰητρικῆς. Littré I. 570. — Ueber das Alter dieser Schrift: Ludwig Choulant Handbuch der Bücherkunde f. d. ältere Medicin pp. 12. 13.

[240]) Hippocrates ὅρκος Littré IV. 628: οὐ τεμέω δὲ οὐδὲ μὴν λιθιῶντας, ἐκχωρήσω δὲ ἐργάτῃσιν ἀνδράσι πρήξιος τῆσδε.

[241]) Celsus de medicina prooem. zu l. I. cf. l. VII. praef.

griechischen Chirurgen gemacht, welchem eine merkwürdige Gefälligkeit des Zufalles die unter diesen Umständen für die Römer erfreulichen Namen „Gutanfang, Schmerzerlösers Sohn" verliehen hatte, ohne dass der Erfolg diesem Omen entsprach; denn der Mann, der mit Freuden in Rom aufgenommen worden war, entpuppte sich alsbald nach Plinius als Doctor Eisenbart und verdarb den Römern den Geschmack an griechischer Medicin und griechischen Aerzten, so dass Cato der Censor, der selbst nie solche gebrauchte, eine Warnung vor denselben ausgehen liess. Die letztere Behauptung ist eine der plumpsten Geschichtsfälschungen in dem von dem medicinischen Pfuscher Plinius gegen die griechische Medicin geschriebenen Anklagewerk; denn Cato spricht von athenischen, nicht von römischen Erfahrungen, die sich auch weniger auf die practische Medicin, als vielmehr auf die Literatur beziehen.[247]) Die wissenschaftliche Medicin der Griechen errang sich, wie am besten aus den Klagen eines Plinius[248]) ersichtlich, alsbald in Rom allgemeine Anerkennung, bedeutenden socialen Einfluss und eine gesellschaftliche Stellung, die sie zum medicinischen Handwerkerthum in einen schärferen Gegensatz brachte, zumal nachdem letzterer durch Verleihung der besonderen Gelehrtenimmunität, beziehungsweise der Fähigkeit zu der letzteren zum rechtlichen Standesunterschied geworden war.[249])

Den illiteraten medicinischen Handwerkern müssen die Sklaven und Liberten zugezält werden, welche in den juristischen wie in nicht juristischen Quellen[250]) als Heilgehülfen und zugleich als Aerzte — wie bei Plato — genannt werden und zumeist zu niederer medicinischer Dienstleistung an die Herren, sowie zur

---

[247]) Den Wortlaut der Stelle, soweit hieher gehörig, s. oben Note 40. Hiezu noch Ideler physici et medici Graeci minores I. 253.

[248]) his. nat. l. 29 c. I. 5: ingeniorum Graeciae flatu impellimur palamque est, ut quisque inter istos loquendo valeat, imperatorem illico vitae nostrae necisve fieri. Dann c. I. 8. l. c. Auctoritas aliter quam Graece eam (sc. medicinam) tractantibus etiam apud imperitos expertisque linguae non est.

[249]) oben zu Note 200a. Dio Casius 53. 30, Haenel corp. legum p. 7.

[250]) z. B. l. 25 § 2 D. 38. 1, l. 26. 27 D. eod. l. 10 § 3 D. 33. 1, l. 41 § 6 D. 40. 5, l. 3 pr. C. 6. 43, l. 1 § 5 C. 7. 7. — Plinius epist. I. 12; VII. 1; X. 4. 5. 22. 23; XIII. 1; Sueton. Nero 37. Inschriften bei Briau, l'assistance médicale chez les Romains. Paris 1869. pp. 66 ss.

selbstständigen Behandlung der Sklavenfamilie nach griechischem Vorbild verwendet werden.

Dagegen stehen den gebildeten Aerzten näher als den Handwerkern die obstetrices, die im Alterthum als Aerzte für weibliche Krankheiten überhaupt erscheinen, denen die Kenntniss der Therapie aller Frauenkrankheiten, sowie die Pflicht der „Uneigennützigkeit“ zugeschrieben wird.[251])

22. Betrachten wir an der Hand vorstehender Erörterung die beiden den Ausgangspunkt derselben bildenden Digestenstellen, l. 7 § 8 D. 9. 2 und l. 1 § 1 D 50. 13 mit ihrem scheinbaren Widerspruch, so ergibt sich aus denselben nunmehr in ungezwungener Weise der dargelegte Gegensatz des medicinischen Handwerkes und der medicinischen Wissenschaft.

Was l. 7 § 8 D. 9. 2 (und die sich anschliessende l. 8 pr. D. eod.) betrifft, so haben schon die Basiliken[252]) das „secare“ dieser Stellen als eine Operation der niederen Chirurgie bezeichnet und den Aderlass als Beispiel genannt. Wir haben aber oben gesehen, dass der wissenschaftliche Arzt in Rom derartige Hilfeleistungen nicht als seine, sondern als der Heilgehilfen Aufgabe erachtet. Hiezu kommt noch, dass in den bezeichneten Gesetzesstellen die Behandlung eines Sklaven in Frage ist, welche ganz allgemein nicht in den Händen der wissenschaftlichen Aerzte, sondern medicinischer Handwerker lag. Es kann daher ununtersucht bleiben, ob in l. 8 pr. D. 9. 2 (idem juris est, si medicamento perperam usus fuerit) ebenfalls ein chirurgischer Fall vorausgesetzt wird, oder nicht. Die erstere Alternative ist durch die Erwähnung von medicamenta nicht ausgeschlossen.

Dagegen ist in l. 1 § 1 D. 50. 13 von den Vertretern der wissenschaftlichen Medicin die Rede, wie sich schon aus der Parallelisirung derselben mit den Professoren der in l. 1 pr. eod. er-

---

[251]) Soranus Ephesius περὶ γυναικείων παθῶν ed. Ermerins C. 2. p. 7. Vgl. Plinius hist. nat. 28. 6: „obstetricum nobilitas pronuntiavit“ .. Martial. ep. X. 1. 72. Orelli Inscript. 4230. 4231. 4232, Gruter inscr. I. 635. 9, 10; 636, 1—3. 6. Anianus ad Pauli Sent. rec. II. 24 § 18. l. 3 C. 6. 43. l. 1 pr. D 25. 4. Histoire des femmes qui ont exercé la médecine in Jul. Rouyer études. médicales sur l'ancienne Rome. Paris 1859.

[252]) Heimbach V. 270 ad v. dereliquit curationem (καταλιπὼν τὴν ἰατρείαν): τὴν ἐπὶ τῇ φλεβοτομίᾳ, ὅθεν καὶ ἐβλάβη ὁ τμηθείς.

wähnten studia liberalia ergibt. Bestätigt wird diese Auffassung durch die in l. 1 § 2 und 3 folgenden Erwägungen bezüglich der obstetrices einerseits und gewisser Spezialisten andererseits.

Die obstetrix wird in § 2 ohne Schwanken mit dem Recht auf extraordinara cognitio ausgestattet:

> sed et obstetricem audiant, quae utique medicinam exhibere videtur.

Dass die obstetrix einen Zweig der Medicin vertritt, bedurfte der Feststellung des Juristen umsoweniger, als, wie oben erwähnt, die obstetrices sich nicht auf geburtshilfliche Praxis beschränkten, sondern im Gebiete der Frauenkrankheiten eine umfassende therapeutische Thätigkeit übten. Aber ob sie auf eine medicinische Praxis sich berufen konnten, die zur extraordinaria cognitio berechtigt, bedurfte der Feststellung, und diese Feststellung ist allein in den erwähnten Worten des Juristen beabsichtigt. Diese Feststellung ist auch der einzige Gegenstand der Erörterung in § 3, in welcher bezüglich der ärztlichen Specialisten die Frage, ob dieselben „medici" seien, als eine nicht zweifellose bezeichnet wird, während zum Schluss die Vertreter einer einzelnen auch von Aerzten angewendeten Heilart mit Bestimmtheit aus der Reihe der medici ausgewiesen werden:

> Medicos fortassis quis accipiet etiam eos, qui alicujus partis corporis vel certi doloris sanitatem pollicentur: ut puta si auricularius, si fistulae vel dentium. non tamen si incantavit, si inprecatus est, si, ut vulgari verbo impostorum utar, si exorcizavit: non sunt ista medicinae genera, tametsi sint, qui hos sibi profuisse cum praedicatione adfirment.

Dass die im ersten Satze genannten Specialisten überhaupt die Heilkunst übten und als Aerzte, medici, ἰατροί, im Leben allgemein anerkannt waren, kann dem Juristen unmöglich entgangen sein; [253]) es konnte also nicht die Frage der Zugehörigkeit dieser Specialisten zum medicinischen Berufe überhaupt von Ulpian aufgeworfen und noch dazu als eine zweifelhafte bezeichnet werden. Aber ob diese medici zu denjenigen zu zälen sind, welchen extraordinaria cognitio zusteht, ob sie als „medici"

[253]) Galenus Kühn V. 846; Gruter Inscr. I. 634. 2; Orelli 4228, 4227; Corpus Inscr. lat. II. 1737, 5055, III. 6014, 6018.

in diesem in § 1 vorausgesetzten exclusiven und engeren Sinne zu erachten, dies war sehr zweifelhaft und der Jurist verzichtet darauf, selbst eine allgemeine Entscheidung zu geben, wie er solche bezüglich der obstetrices in § 2 ohne Zaudern ausgesprochen hat:

Medicos fortassis quis accipiet etiam eos . . .

Diese Specialitäten wurden auch von wissenschaftlichen Aerzten betrieben, aber das medicinische Handwerk war bei weitem überwiegend und so konnte die Entscheidung nicht bestimmt und allgemein lauten, sondern es kam auf den einzelnen Fall an. Regelmässig war diese medicinische Arbeit eine illiberale, auf wenige Handgriffe beschränkte; bei den ocularii, die ihre hauptsächliche Betriebsamkeit auf den Handel mit Augenmitteln richteten,[254]) konnte nicht einmal von wirklicher Dienstleistung immer die Rede sein.

Bezüglich der medicinischen Bedeutung des im zweiten Satze erwähnten incantare, imprecari, exorcizare waren im Alterthum die Meinungen sowol der Laien als der Aerzte getheilt. Auch Aerzte von zweifelloser liberaler Bildung verstanden sich zur Anwendung derartiger Wundermittel und beriefen sich auf „erprobte Wirkung", während andere dieselben ins Bereich der Ammenmärchen verwiesen.[255]) Das römische Recht steht in heidnischer wie in christlicher Zeit auf dem Standpunkt des Glaubens an die Wunderkraft von Besprechungen.[256]) Die Entscheidung Ulpians lautet nichts desto weniger bestimmt: non sunt ista medicinae genera. Dabei constatirt er, dass die Nützlichkeit dieser Art von Heilverfahren behauptet wird (tametsi sint qui hos sibi profuisse cum praedicatione adfirment). Die Richtigkeit dieser verbreiteten Anschauung erörtert der Jurist nicht weiter, er begnügt sich mit der Feststellung, dass hier keine Art der „Medicin" in Frage sei. Auch hier dürfte es die wissenschaftliche Medicin

---

[254]) Guhl und Koner, Leben der Griechen und Römer. 2. Aufl. p. 650.

[255]) Hierüber Alexander von Tralles (zu Justinians Zeit) herausgegeben von Th. Puschmann II. 475 und die Einleitung des Herausgebers I. 86.

[256]) cf. Bruns fontes legum lex XII. tab. VIII. (V. ed.) p. 27: qui malum carmen incantassit; hiezu Plinius hist. natur. 28. 2. — l. 4. 6. C. J. de mal. et mathem. 9. 18.

sein, die der Jurist unter der Medicin ausschliesslich verstanden wissen will und auf welche sich seine Verneinung bezieht, so dass es die extrao. cogn. ist, der letztere gilt.

23. In l. 7 § 8 D. 9. 2 wird das gewöhnliche Miethrechtsverhältniss auf eine ärztliche Arbeit angewendet, die sich uns daher als illiberale darstellt; der liberalen ärztlichen Berufsarbeit wird in l. 1 § 1. 2. 3. D. 50. 13 die extraordinaria cognitio zur Verfügung gestellt und nach l. 1 § 9 D. 50. 13 steht die extraordinaria cognitio auch dem Patienten des wissenschaftlichen Arztes gegen den letzteren zu:

> sed et adversus ipsos omnes cognoscere praeses debet, quia ut adversus advocatos adeantur divi fratres rescripserunt.

Wahrscheinlich vor diesem kaiserlichen Rescript und sicher vor der Abfassung der Schrift Ulpians, aus welcher obige Stelle entnommen ist, hat Pomponius in einem von Mommsen als l. 26 § 1 D. 19. 5 aus den Basiliken restituirten Fragmente des Sabinuscommentars[257]) eine actio in factum gegen medici erwähnt. Wir können uns hier, wo es sich um Untersuchung des reinen römischen Rechts handelt, der Prüfung dieser Stelle um desswillen, weil deren heutige practische Geltung zweifelhaft ist, nicht entschlagen.

Der griechische Text, die Grundlage der Mommsen'schen Restitution, lautet[258]):

> Τὸ διδόμενον ἰατροῖς καί τεχνίταις δῆλον ποσόν ἐν ταῖς Καλάνδαις, οὐκ ἔστι μισθός· ἐὰν οὖν τι παρὰ τὸ προσῆκον ἐν ταῖς τοιαύταις ὑπηρεσίαις γένηται οὐχ ἡ ἐπὶ μισθώσει ἀγωγή, ἀλλ' ἰν φάκτουμ ἁρμόζει.

> Quod Kalendis (Januariis?) dari solet medicis et artificibus non est merces: itaque si quid in hisce ministeriis aliter fiat quam convenit, non ex locato, sed in factum actio dabitur.

a. Mommsen nimmt unter Berufung auf C. J. Gr. III 5187 und Edictum Justinian. 13. c. 3 an, dass es sich hier um die unter dem Namen der strenae (Kalendarum Januariarum) bekannten bei den Römern üblichen Neujahrsgaben handle. Diese Vermuthung

---

[257]) über dessen vermuthliche Zeit: Karlowa Rechtsgeschichte I. 717.

[258]) Heimbach II. 384.

unterstützen mehrere Quellenzeugnisse. Die uralte Sitte der strenae Kal. Januar. bestand noch in justinianischer Zeit und zwar in kostspieliger Form. Nach Joannes Lydus[259]) wurden statt der früher üblichen Lorbeerblätter und Feigen goldene Gaben gesendet. Dass aber die Darbringung klingender strenae schon früher üblich war, zeigt Ovidius (fast. I 190. 30), woselbst Gott Janus dem Dichter erklärt, süsser als Honig sei das Geld:

melius nunc omen in auro est
victaque concedit prisca moneta novae.

Lydus erläutert (l. c. p. 53) strenae mit εὐαρχισμός. Bei Athenäus Deipnosophisten[260]) macht ein Theilhaber der gelehrten Tischgesellschaft dem anwesenden Grammatiker Ulpianus den Vorwurf, dass er unter anderen gewagten Wortbildungen auch eine Uebersetzung des römischen strenae versucht habe und zwar mit ἐπινομίς. Diese Stelle zeigt, dass den Griechen kein entsprechendes Wort für strenae zur Verfügung stand. Auch Lydus kann es nicht übersetzen. Daher erklärt sich die Umschreibung: τὸ διδόμενον δῆλον ποσόν ἐν ταῖς Καλάνδαις. Die strenae wurden unter Anderem auch zur Honorirung von Lehrern benützt.[261]) Bei Lucian de mercede conductis rechnet der vornehme Herr, welcher einen Hausgelehrten aufnehmen will, dem letzteren bei der Salarfestsetzung auch die periodischen Festgeschenke vor und will, dass dieselben mit in Anschlag kommen. Dazu war aber ein δῆλον πόσον, eine bestimmte, durch Uebung oder Uebereinkunft festgesetzte Summe erforderlich. Auch den Beamten und Officieren wird das bestimmte kaiserliche Neujahrsgeschenk zum Gehalt gerechnet.[262]) Derartige kaiserliche Beamtenstrenae waren noch in justinianischer Zeit üblich.[263])

b. „Τὸ διδόμενον ἰατροῖς καὶ τεχνίταις δῆλον ποσὸν ἐν ταῖς Καλάνδαις οὐκ ἔστι μισθός und daher findet ἐν ταῖς τοιαύταις ὑπηρεσίαις nicht die ἐπὶ μισθώσει ἀγωγή, sondern actio in factum Statt: Nur die strenae, welche Aerzten und Künstlern gegeben werden,

[259]) de mensibus IV. 5 ed. Bekker p. 54; vgl. Symmachus ep. X. 35.
[260]) ed Dindorf III. 97 d.
[261]) cf. Bekker-Marquardt röm. Alterthümer V. 1 p. 95 Anm. 2.
[262]) Scriptores historiae Aug. ed. Eyssenhardt II. p. 132.
[263]) l. 4 § 1 C. 2. 8.

sind nicht merces, und nur in *derartigen* Dienstverhältnissen findet die Miethklage nicht Statt. Daraus folgt, dass in anderen Dienstverhältnissen die strenae merces sein können, sowie auch heutzutage die periodischen „Geschenke", welche Dienstboten bei festlichen Anlässen, regelmässig auf Grund ausdrücklicher Vereinbarung, gemacht werden, eine Ergänzung des Dienstlohnes bilden und dessen rechtliche Natur theilen. Dass strenae auch Anderen als „ἰατροῖς καὶ τεχνίταις" gegeben wurden, bedarf keines Beweises.

c. Die strenae der Aerzte und Künstler sind *nicht* merces und daher findet gegen dieselben actio in factum Statt. Ist diese letztere nun aber eine actio civilis praescriptis verbis oder eine prätorische Klage, wie solche gegen den mensor zusteht, dessen Verhältniss zu den Empfängern seiner Berufsleistung ebenfalls nie als Miethe betrachtet werden kann (l. 1 D 11.6)? In dieser Beziehung kommt Folgendes zu erwägen:

Erstens leitet der Verfasser der Stelle aus dem festgestellten Umstand, dass τὸ διδόμενον ἰατροῖς καὶ τεχνίταις nicht μισθός ist, die rechtliche Construction der betreffenden Dienstverhältnisse ab. Diese letzteren werden aus der Natur des διδόμενον construirt, aus dieser wird mit „οὖν" die zuständige Klaggattung gefolgert.

Zweitens ist τὸ διδόμενον nicht = δεδομένον; d. h. das δῆλον ποσόν wird nicht als *gegeben* vorausgesetzt, daher auch Mommsen richtig übersetzt, „quod dari solet", nicht „quod datum est. Die Neujahrsstrenae werden als Honorar nicht für das kommende, sondern für das vergangene Jahr bezalt. Daher ist der Gedanke an ob rem datio und damit an actio praescriptis verbis ausgeschlossen. Letztere wäre nur noch etwa auf Grund der Annahme möglich, dass, wenn auch kein datum, doch ein factum als vorhanden gilt, nämlich eben die Leistung der in Rede stehenden medici und artifices. Aber diese Annahme ist ebenfalls unzulässig. Denn eben der *Mangel* des fraglichen factum ist es, der die Klage begründet. Ungebühr im *Dienst* (παρὰ τὸ προσῆκον ἐν ταῖς τοιαύταις *ὑπηρεσίαις*) kann nicht der Empfänger des Dienstes begehen. Derselben Ansicht ist Mommsen in seiner Uebersetzung: si quid in hisce *ministeriis* aliter fiat quam

convenit. Andererseits kann auch nicht an ein mercedis nomine datum im Sinne von l. 22 D. 19.5 gedacht werden, denn τὸ δῆλον ποσόν braucht überhaupt nicht und kann nicht erst nachträglich constituirt werden. Es bleibt sonach Nichts übrig, als dasselbe als Honorar, beziehungsweise Salar aufzufassen, und damit als Sustentation fur den Zweck eines nicht entgeltlichen Dienstes.

Drittens: Ist die actio in factum civilis unannehmbar, so kann die in factum actio unserer Stelle nur die prätorische Klage sein und es wird sonach hier, wie in l. 1 D. 11.6 durch Verneinung der locatio-conductio die Existenz eines civilrechtlichen Verhältnisses e. S. verneint.

Viertens: Welcher Art die in solchen nicht entgeltlichen Dienstverhältnissen stehenden medici und artifices sind, ergibt sich aus l. 22 D. 19.5. Unentgeltliche Uebernahme einer illiberalen Arbeit begründet nach dieser Stelle ein Mandatsverhältniss. Illiberale Berufsarbeit kann daher die l. 26 § 1 D. 19.5 nicht im Auge haben. Dann sind die ἰατροὶ καὶ τεχνῖται derselben identisch mit den in l. 1 D. 50.13 genannten Vertretern der liberalen Berufe. Dass τέχνη, τεχνίτης, ebenso wie medicus und ἰατρός Beides, die liberale wie die illiberale Berufsarbeit bezeichnet, ist bekannt.[264])

Fünftens: Als Klagegrund wird eine „ungebührliche Handlungsweise (παρὰ τὸ προσῆκον) bezeichnet. Hiemit dürfte kaum mehr, als dolus und culpa lata — wie in l. 1 D. si mensor — getroffen werden.

Die actio in factum der l. 26 § 1 D. 19.5 galt nach Obigem vor der extraordinaria cognitio der l. 1 § 9 D. 50.13; sie dürfte bis zu dem in letzterer Stelle erwähnten Rescript der divi fratres das einzige Rechtsmittel gewesen sein, welches — abgesehen von a. legis Aquiliae, deren Thatbestand ein anderer — gegen den liberalen Berufsarbeiter zustand. Ob dieselbe dann später neben der extrao. cog. gewährt oder durch letztere ersetzt wurde, darüber können wir uns Mangels von Quellenzeugnissen nur in Muthmassungen ergehen. Für den Zweck dieser Darstellung ist die Beantwortung der Frage, in wieweit

[264]) cf. Kuhn, Verfassung des röm. Reichs I. p. 67.

prätorische und kaiserliche Gerichtspraxis mit einander concurriren und dasselbe Bedürfniss decken konnten, nicht nöthig. Für den hier zu erbringenden Nachweis eines rechtlichen Gegensatzes von liberaler und illiberaler Medicin, eines medicinischen Handwerkes und einer medicinischen Wissenschaft ist es genügend, wenn gezeigt werden kann, dass die römische Jurisprudenz, auch vor Ulpian, eine der locatio conductio fähige und eine der Eingehung dieses Civilverhältnisses unfähige Medicin kennt. Und dieser Zweck wird durch den Nachweis der prätorischen Natur der actio in factum in l. 26 § 1 D. 19.5 und der Beschränkung dieser Klage auf die liberale Medicin, sowie durch den oben geführten Nachweis der Beschränkung der extrao. cognitio auf die wissenschaftliche Heilkunst erreicht.

VI.

24. Unter den „Professoren", welchen wegen ihrer Honoraransprüche extraordinaria cognitio zusteht, nennt die l. 1 pr. D. 50. 13 ferner die Lehrer der Geometrie, geometrae. Dass die letzteren hier als Lehrer zunächst gedacht sind, ergibt der Wortlaut der Stelle:

> Praeses provinciae de mercedibus jus dicere solet, sed praeceptoribus tantum studiorum liberalium. liberalia autem studia accipimus, quae Graeci ἐλευθέρια appellant: rhetores continebuntur, grammatici, geometrae.

Die Geometrie gehörte bei den Alten zur allgemeinen liberalen Bildung; sie war ferner eine propädeutische Disciplin für Philosophen, Redner und Aerzte; sie bildete endlich die theoretische Grundlage der Agrimensur.[365] Bei den Römern scheinen die praktischen Zwecke der letzteren auch ausserhalb des eigentlichen Fachstudiums die Grenzen des Unterrichts bestimmt zu haben, im Gegensatz zum hellenischen Betrieb dieser Wissenschaft innerhalb der s. g. ἐγκύκλιος παιδεία.[366] Die „Lehrer"

[365]) Boethius demonstratio artis geometricae in Schriften der röm. Feldmesser I. 393; Cicero, Tuscul. I. c. 2 i. f.; Quintilian. inst. orat. I. 10. 36; Galenus ed. Kühn I. 53, V. 64, XIV. 604.

[366]) Cicero l. c. — Seneca ep. 88.

waren denn auch bei den Römern, wenn auch nicht immer, so doch sehr häufig zugleich Praktiker. Dies ergibt sich schon aus der Art, wie die Bezeichnungen für beide vertauscht werden. Agrimensor, mensor bezeichnet vorwiegend den ausübenden Feldmesser, aber auch den Theoretiker.[267]) Geometra andererseits wird für den Lehrer der Geometrie, wie für den Praktiker verwendet; nur den letzteren bezeichnet es in der Inschrift bei Zell, delectus inscr. 1715; Columella (de re rustica V. 1) bezeichnet dieselbe praktische Thätigkeit bald mit mensoris officium, bald mit opus geometrarum. Praktiker und Lehrer sind die geometrae der l. 3 C. de exc. art. 10. 64.[268])

Die praktische Anwendung eines studium liberale ist selbst ars liberalis. Hiemit stimmt überein, wenn Ulpian in l. 1 D. 11. 6 die locatio-conductio bezüglich der Berufsleistung eines mensor als rechtlich unmöglich erklärt, hiemit zugleich jede civilrechtliche Haftung des Mensor als ausgeschlossen findet und mit diesem letzteren Umstand die Einführung einer prätorischen actio in factum gegen den Mensor erklärt:

> Ulpianus libro vicensimo quarto ad edictum. Adversus mensorem agrorum praetor in factum actionem proposuit. a quo falli nos non oportet: nam interest nostra, ne fallamur in modi renuntiatione, si forte vel de finibus contentio sit vel emptor scire velit vel venditor, cuius modi ager veneat. ideo autem hanc actionem proposuit, quia non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari: si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit nec tenere intentionem. § 1. Haec actio dolum malum dumtaxat exigit:

---

[267]) Boethius l. c. p. 393: cujus disciplinae magistri mensores ante dicebantur ... factum est, ut disciplina ipsa geometriae nomen acceperit. — Martialis ep. X. 17: mensorum longis libellis. — Frontinus in röm. Feldm. I. 239. Dagegen D. 11. 6. si mensor falsum modum dixerit.

[268]) Vergl. ferner l. 1 pr. D. 50. 13; l. 2 C. exc. art. 10. 64; Dioclet. edict. de pretiis rerum, Haenel corp. leg. p. 178; Spartianus vita Hadriani 14. 16. — Ammianus Marcellinus XX. 16. — Ein älterer Name für Feldmesser ist finitor. Rudorff l. c. 413. A. 59.

visum est enim satis abundeque coerceri mensorem, si dolus malus solus conveniatur eius hominis, qui civiliter obligatus non est; proinde si imperite versatus est, sibi imputare debet qui eum adhibuit: sed et si neglegenter, aeque mensor securus erit: lata culpa plane dolo comparabitur. sed et si mercedem accepit, non omnem culpam eum praestare propter verba edicti: utique enim scit praetor et mercede eos intervenire.

Dagegen spricht Paulus in l. 4 § 1 D. 10. 1 von conducere in Bezug auf einen Mensor:

(Paulus l. XXIII ad Edictum): In iudicio finium regundorum etiam eius ratio fit quod interest. quid enim, si quis aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat? non inique damnatio eo nomine fiet. sed et si mensor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda eius, qui non conduxit, in partem mercedis.

Der scheinbare Widerspruch dieser beiden Stellen ist von Aelteren, z. B. Antonius Faber[369]) beseitigt worden, indem man dem „conductus sit", „conduxit" der l. 4 § 1 cit. uneigentliche Bedeutung beilegte. So auch von Glück[370]) und neuestens von Hefke.[371]) Dagegen hat der hervorragendste Bearbeiter der römischen Gromatik, Rudorff, der sich mehrfach mit dem Gegensatz der l. 1 D. 11. 6 und l. 4 § 1 D. 10. 1 beschäftigt hat, sich dahin ausgesprochen, dass in letzterer Stelle von Paulus die rechtliche Möglichkeit einer locatio-conductio mit dem Mensor vorausgesetzt werde. Die hiemit zugegebene Antinomie sucht Rudorff durch die Annahme zu eliminiren, dass die Agrimensur, ursprünglich ein liberaler Beruf, später zur Banausie herabgesunken sei. Bei dem wolverdienten Ansehen, das Rudorff in Bezug auf die Geschichte der römischen Feldmesser geniesst, halten wir es für geboten, die verschiedenen Erklärungen desselben einer Prüfung zu unterziehen, bevor wir unsere eigene Anschauung begründen.

[369]) Rationalia ad h. l.

[370]) Erläut. der Pandekten XI, 377 Anm. 64.

[371]) Archiv für practische Rechtswissenschaft, N. F. XIV. S. 156. 157. Anm. 1 und 2.

25. Der erste Rudorff'sche Lösungsversuch ist in folgender Ausführung enthalten[272]:

„In früheren Zeiten wurden die Geschäfte der Feldmesser von den Auguren besorgt. Sie galten daher als operae liberales und einen Miethcontract über sie abzuschliessen, war geradezu unmöglich. Das prätorische Edikt führte daher eine besondere actio in factum gegen den Mensor ein und machte ihn dadurch wenigstens für dolus verantwortlich. Späterhin waren es Militärpersonen niedern Ranges, welche zu Vermessungen aller Art gebraucht wurden. Seitdem war eine operis locatio und aus ihr die locati actio auf Schadenersatz wegen jeder culpa und die conducti actio auf das Miethgeld auch in Beziehung auf diese Personen denkbar. Jede Miethe setzt aber eine ausdrückliche Verabredung über die Arbeit und einen bestimmten Miethpreis voraus. Fehlt es an einer solchen, so können die Miethsklagen, wie Ulpian richtig bemerkt, nicht wirksam angestellt werden, und es bleibt nur die in factum actio wegen dolus und die praescriptis verbis actio wegen des üblichen Honorars übrig."

Fehlt es an einer bestimmten Verabredung über die Arbeit und einem bestimmten Miethspreis, dann ist ein Miethvertrag nicht abgeschlossen worden. Ulpian sagt also nach Rudorff: fehlt es an einem Miethvertrag, dann werden die Miethklagen gegen den Mensor nicht wirksam angestellt. Ein Blick auf l. 1. D. 11. 6. si mensor aber zeigt, dass der Conditionalsatz „fehlt es an einem Miethvertrag," durch welchen der Ausspruch Ulpians auch zu einer Trivialität würde, der Stelle gänzlich fremd ist. Ulpian sagt vielmehr unbedingt: Wenn ex locato conducto geklagt werden will, dann ist zu sagen, dass die Intentio nicht statt hat, daher die Klage rechtlich unbegründet und zu denegiren ist (nec tenere intentionem . . .).

Ebenso unbegründet ist der Zusatz Rudorffs: „es bleiben nur die in factum actio und die praescr. verb. actio auf das Honorar übrig"; eine actio praescr. verb. auf das Honorar des Mensor oder auf ein anderes Honorar ist weder in unserer Stelle noch sonst im corpus juris belegt.

---

[272]) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft X. 138 ff.

Die zweite Rudorff'sche Erklärung stimmt mit der eben behandelten ersten nicht überein. Sie besteht in folgender Ausführung (Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft X 422):

„Vor Allem ist festzustellen, welches Geschäft zwischen dem Feldmesser und derjenigen Partei besteht, die bei einem Rechtsgeschäft oder einem Gränzstreit seine Hilfe in Anspruch nimmt. Am nächsten scheint eine Dienstmiethe zu liegen. Es ist aber schon erwähnt, dass die Ausübung einer freien Kunst nach römischer Sitte nicht Gegenstand einer Lokation sein konnte. In späterer Zeit ist zwar eine Dienstmiethe möglich geworden. Erwägt man jedoch, dass dieselbe stets eine vorgängige Vereinbarung sowohl über den Betrag des Lohnes als die zu leistende Arbeit voraussetzt, so wird man gestehen müssen, dass sie jener Möglichkeit ungeachtet, selten eintreten wird.

(Anmerkung: Daher sagt noch Ulpian: si autem ex locato fuerit actum, dicendum est, nec tenere intentionem.)

Also ist es vielleicht ein Mandat, was den Feldmesser zur Anwendung seiner Kunst veranlasst? Aber ein Mandat ist nur vorhanden, sofern die unentgeltliche Leistung der Dienste vorher bedungen wird. Wenn man aber einen Feldmesser mit der Vermessung eines Ackers beauftragt, so wird dieser in den meisten Fällen den Auftrag übernehmen und ausführen, ohne dass über die Gegenleistung vorher Etwas festgesetzt ist: nicht dass er deshalb dem Constituenten unentgeltlich zu dienen beabsichtigte, aber er setzt voraus, dass man sich demnächst über die Remuneration einigen werde. Unter solchen Umständen pflegen die römischen Juristen, wenn die Arbeit der Art ist, dass sie nach alter Sitte Gegenstand einer Miethe sein kann, die praescriptis verbis actio anzuwenden.

Allein über die Ausübung einer freien Kunst ist, wie kein Miethvertrag, so auch keine Verabredung zulässig, die sich nur durch die Unbestimmtheit der Gegenleistung von einem solchen unterscheidet. Das Resultat der Ansicht des Civilrechts ist also, dass zwischen dem Feldmesser und seinem Committenten überhaupt keine Obligation, sondern eine gegenseitige Liberalität obwaltet".

Schon der erste Theil dieser Erklärung stimmt mit der auf p. 138 l. c. nicht mehr überein: Ein Miethvertrag mit dem mensor ist zwar in späterer Zeit möglich, aber er kommt selten vor und deshalb schliesst Ulpian die Miethklagen überhaupt aus. Nach p. 138 schliesst Ulpian die Miethklage nur unter der Voraussetzung aus, dass es an einem Miethvertrag fehlt. Bedenklicher noch ist der Widerspruch des letzten Theiles der Erklärung: auch a. praescr. v., die uns auf p. 138 wenigstens „übrig geblieben" ist, wird ausgeschlossen und zwar deswegen, weil über die liberale Arbeit kein Miethvertrag, darum auch nicht die nur der Unbestimmtheit der Vereinbarung halber denselben ersetzende a praescr. verb. möglich ist. Aber da ein Miethvertrag wenige Zeilen vorher als möglich erklärt worden ist, liegt keine liberale Arbeit vor, sollte daher auch a. praescr. v. zulässig sein. Am bedenklichsten ist der Schluss, obwohl er gerade mit l. 1. § 1. mensor übereinstimmt: Das Ergebniss der civilrechtlichen Entwicklung ist, dass der mensor überhaupt nicht obligirt wird, dass zwischen ihm und seinem Clienten nur ein gegenseitiges Liberalitätsverhältniss vorhanden ist. Auch wenn der rechtlich mögliche Miethvertrag wirklich abgeschlossen worden ist?

Darüber gibt Rudorff keinen Bescheid.

Eine dritte Rudorff'sche Erklärung sagt (a. a. O. p. 416. 417.): „Früher war eine Dienstmiethe mit einem Finitor[272a]) unmöglich, so dass der Prätor veranlasst wurde, eine besondere Klage aufzustellen, um dem Verletzten wenigstens bei arglistiger Angabe falschen Maasses zu Hilfe zu kommen. In der Kaiserzeit ist eine Dienstmiethe sowohl mit dem Uebernehmer einer Limitation als mit dem Feldmesser selber möglich und üblich geworden."

Sie ist also üblich geworden, trotzdem der Prätor nach p. 423 ihrer Seltenheit halber die Miethklagen ausgeschlossen hat.

Eine vierte Erklärung (l. c. p. 426): „Wegen seiner Unwissenheit oder Sorglosigkeit kann der Feldmesser selbst dann nicht zur Verantwortung gezogen werden, wenn er erweislich für die Vermessung Lohn empfangen hat, da der Prätor bei der

272a) Zu finitor vgl. A. 268 a. E.

Abfassung des Edikts wohl erwogen hat, dass dergleichen Dienste nicht unentgeltlich geleistet zu werden pflegen.

Nur wenn ein vollständiger Miethvertrag zwischen dem mensor und einer Partei abgeschlossen ist, kann aus diesem eine strengere Verpflichtung des Ersteren abgeleitet werden."

Durch diesen Satz wird das „Resultat des Civilrechtes" von p. 423 wieder aufgehoben. Trotzdem scheint Rudorff die erwähnte zweite Lösung in den gromatischen Institutionen zu Grunde gelegt zu haben, da er hier (p. 320 Note 235) auf das in Rede stehende Verhältniss nicht weiter eingeht, sondern auf die in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft X. 422 gegebene Erläuterung verweist.

Der Grund, aus welchem nach Rudorff in späterer Zeit die anfänglich für Feldmessarbeit unzulässige Dienstmiethe denkbar und üblich geworden sein soll, ist das Sinken der Achtung der Vertreter der Kunst, die ursprünglich Auguren, später gemeine Militärpersonen, ja Sklaven waren (Zeitschr. f. g. Rechtsw. X. pp. 138. 415. 416). Bezüglich der ursprünglichen Theilnahme der Auguren schwankt Rudorff. Nach Zeitschr. f. g. R. W. X. 138 besorgten sie „die Geschäfte der Feldmesser"; nach p. 423 l. c. waren diese Geschäfte Technikern überwiesen, den s. g. Finitoren, die Augurén aber beschränkten sich auf die Vornahme der Auspicien. Um die erwähnte Degradation durchzuführen, muss Rudorff dieselbe auch an den Lehrern der Geometrie zur Anwendung bringen. Dass diese zu den praeceptores studiorum liberalium gezählt werden (l. 1 pr. D. extrao. cog. 50. 13) kann nicht in Abrede gestellt werden. Aber es wird auf fragm. Vat. § 150 verwiesen, welche Stelle sagt: Neque geometrae neque hi qui jus civile docent, a tutelis habent excusationem; und auf l. 22 D. 27. 1, welche ebenfalls den Ausschluss der Geometer von der excusatio bezüglich der Vormundschaft, die den anderen Lehrern der artes liberales zustand, bestimmt. „So wiederholt sich", meint Rudorff (p. 415), „auch hier das untergeordnete Verhältniss, welches der Anfangs-Unterricht im Alterthum überhaupt einnahm. Der Abstand dieser Lehrer der Geometrie von den Auctoren ihrer Kunst war nicht geringer, als der Unterschied der Rhetoren von den grossen Rednern der Republik, oder der Rechtsschullehrer von den juris auctores der Kaiserzeit".

Bremer[273]) hat dargethan, dass die juris auctores selbst Professoren und zugleich auch Praktiker gewesen sind. Damit ist die Rudorff'sche Meinung über die niedrige Stellung der Rechtslehrer widerlegt. Damit ist aber auch der Schluss beseitigt, welchen Rudorff zu Ungunsten der Lehrer der Geometrie aus der Ausschliessung derselben von der Excusatio der anderen Professoren bezüglich der Tutel zieht. Denn auch die Rechtslehrer entbehrten jenes Privilegiums, sofern sie nicht in Rom docirten.[274]) Der Hinweis Rudorffs auf die untergeordnete Stellung des „Anfangsunterrichts" geht übrigens schon desswegen fehl, weil die Geometrie sowenig wie die Jurisprudenz zum Bereiche desselben gehörte. Bezüglich der Bedeutung der gromatischen „Auctores", welche Rudorff wiederholt mit den respondirenden Juristen in Parallele stellt, scheint R. geschwankt zu haben.[275]) In der älteren Untersuchung unterscheidet er dieselben von den Lehrern der Geometrie einerseits und von den ausübenden Mensoren andererseits. In den gromatischen Institutionen dagegen bezeichnet er dieselben als Mensoren, welche im Dienste der kaiserlichen Regierung für die Absteckung des Lagers, der Militärkolonien, die Constitution der Munizipien, die Grundsteuern im Generalstabe oder als Regierungsfeldmesser bleibend angestellt wurden. Die Namen togati Augustorum oder auctores, die sie führen, weisen, „ganz wie bei den Kronjuristen, den juris auctores, quibus permissum est, jura condere, (Gai. I. 7) auf ihre bestimmte Stellung zur Staatsregierung hin." Uns scheint beides unrichtig, sowohl die angebliche Identität der gromatischen Auctoren mit Regierungsfeldmessern, als auch die Behauptung der Anstellung solcher selbst. Wir gehen hierauf ein, weil sich bei Erörterung dieser Fragen zeigen wird, dass die Agrimensur in der That des Glanzes der äusseren Stellung nicht bedurfte, um sich des Ansehens der ars liberalis zu erfreuen, dass der Beruf den Mann adelte, nicht umgekehrt.

Als Gründe für die behauptete feste Anstellung von Regierungsfeldmessern figuriren:

---

[273]) Die Rechtslehrer und Rechtsschulen im röm. Kaiserreich. Berlin 1858.
[274]) l. 6. § 12 D. 27. 1.
[275]) Zeitschrift f. g. R.-W. X. 415; gromatische Institutionen 322.

1. Cicero Philipp. 11. 5. 12: Accedit Saxa nescio quis, quem nobis Caesar ex ultima Celtiberia tribunum plebis dedit, castrorum antea metator, nunc ut sperat Urbis, ibid. 14. 4. 10: Si vero coloniarum et municipiorum sine ulla dubitatione hostis est, (sc. Antonius) quid tandem hujus censetis urbis, quam ille ad explendas egestates latrocinii sui concupivit; quam jam peritus metator et callidus decempeda sua Saxa diviserat.[275a])

Mit den im Vorstehenden ausgezeichneten Stellen beweist Rudorff folgendes: Während zu Polybius Zeit ein Tribunus mit einigen Centurionen das Lager absteckt, und noch Cäsar im gallischen Kriege nur einige Centurionen zur Auswahl des Lagerplatzes voraussendet, kommt unter Antonius bereits ein peritus metator et callidus vor, der diese Funktion des Lagerabsteckens als festen Beruf betreibt. —

Die Ausbildung dieses festen Berufes, — sollte man meinen —, fällt eben in die Zeit, zu der Cäsar nur einige Centurionen als Lagerabstecker benützt. Es ist ja nirgends gesagt, es ist vielmehr höchst unwahrscheinlich, dass Saxa seinen Beruf erst unter Antonius betrieb, dass er erst unter Antonius seine peritia und calliditas erwarb; Cäsar hat ihn bereits zum Volkstribunen gemacht und damit den festen Berufsbetrieb wieder aufgehoben. Cicero fällt es, wie der Zusammenhang der beiden Stellen zeigt, nicht ein, den Saxa ernstlich als einen berufsmässigen Lagerabstecker zu bezeichnen, er weist vielmehr nur sarkastisch darauf hin, dass Saxa jetzt in der Stadt als Parteigänger des Antonius denselben Dienst verrichte, wie früher im Felde als Militär; wie er damals das Lager absteckte, so habe er jetzt die ewige Stadt eingetheilt zur Plünderung, ad explendas egestates latrocinii des Antonius; mit Bezug auf diese Eintheilung heisst er ihn in 14. 4. 10. mit bitterem Hohn peritus metator et callidus, wie in 11. 5. 12. castrorum antea metator, nunc ut sperat Urbis.

Kann diese rhetorische Figur als Grundlage für die Behauptung dienen, dass zu Antonius Zeit Jemand das Lager-

[275a]) Gromatische Inst. 321. A. 239.

abstecken als festen Beruf betrieb und staatlich mit solchem angestellt war?

Weitere Gründe für die feste Anstellung von Regierungsfeldmessern sind:

2) der Titel togati Augustorum und

3) die Bezeichnung auctores, welche letztere bei einer Reihe von gromatischen Schriftstellern[275b]) sich findet.

Der Titel togatus Augusti, welcher im codex gromaticus einmal und zwar in Verbindung mit dem Titel auctor in Bezug auf gromatische Schriftsteller vorkommt,[276]) beweist eben so wenig eine feste Regierungsanstellung, wie der Titel evocatus Augusti, welcher in der Feldmessersammlung in Bezug auf einen Praktiker und hervorragenden Schriftsteller (Balbus) sich findet.[277])

Die Annahme aber, dass die gromatischen „Auctores" Regierungsfeldmesser waren, beruht auf der Analogie der juris auctores als angeblicher „Kronjuristen." Sofern auch die gromatischen Auctoren, wie dies wenigstens bezüglich Eines derselben belegt ist,[278]) das jus respondendi hatten, würden wir hiemit ebensoviel respondierende Gromatiker als „Regierungsfeldmesser" erhalten. Die behauptete Anstellung von Feldmessern Seitens der kaiserlichen Regierung ist aber nirgends bezeugt. Bezüglich des „mensor publicus" Caesennius Eugenius bei Orelli Inscr. 3224, der in städtischem Dienste stand, wissen wir nicht einmal, ob er Feldmesser war,[279]) da das Wort auch den in Inschriften häufig corporationsweise vorkommenden mensor frumentarius oder machinarius bedeuten kann. Bedenklicher als das Stillschweigen der Quellen ist der Umstand, dass in den meisten Fällen, wo Feldmesser in kaiserlichem Auftrage thätig werden, in allen, wo dieselben hiebei nach Namen und Stand nähere

---

[275b]) Schriften der römischen Feldmesser I. 307. 310. 342. 343. 345. 347. 348. 351. 353.

[276]) Schriften der röm. Feldmesser. I. 347.

[277]) Hyginus de condicione agrorum, l. c. I. 121[7].

[278]) Innocentius in Schriften der röm. Feldmesser I. 310; cf. Eunapius vitae sophist. ed. Boissonade p. 107. Ammianus Marcellin. XIX. 11. 8; Rudorff Ztschrft. für g. R.-W. X. 416 n. 68.

[279]) Vgl. Rudorff in Abhandlungen der Akadémie der Wissenschaften zu Berlin 1867 p. 272. A. 3.

Bezeichnung finden, „niedere Militärs," Unteroffiziere (milites principales), Kapitulanten (evocati Augusti), Centurionen genannt werden; so ein Julius Victor evocatus Augusti, mensor in Orelli—Henzen 7420; ein Blesius Taurinus miles cohortis VI praetoriae mensor agrarius bei Orelli 3225, (= Schriften der römischen Feldmesser I. 251, II. fig. 208 p. 27;) Centurionen in Orelli 3425; ein Tribunus Titus Suedius erscheint in 3265 als Grenzrichter.

Vegetius de re militari II, 7 nennt die mensores oder wie er sie anderwärts (III, 8) heisst, agri mensores unter den milites principales; sie werden als Mensoren im kaiserlichen Auftrage, ex auctoritate Imperatoris thätig.[280]) Die Fälle sind nicht unerheblicher Art, meist Grenzstreitigkeiten zwischen Städten.

Weder die Lehrer der Geometrie, noch die praktischen Feldmesser waren vom Kriegsdienste befreit; sie waren im Kriege vorzüglich verwendbar, und eine Befreiung derselben wäre widersinnig gewesen. Dass sie nicht zu höheren leitenden Chargen gelangten, ist nicht verwunderlich, weil in Uebereinstimmung mit der Behandlung der Militärtechniker bei den Römern überhaupt. Auch die Militärärzte haben im Allgemeinen den Rang der Centurionen.

Nach Vorstehendem war nicht feste Regierungsbestellung, sondern die Wehrpflicht zunächst die Veranlassung, dass in den angeführten Fällen mensores im kaiserlichen Auftrage thätig werden. Ein Beispiel für das Gesagte bietet der mensor Balbus, der als Schriftsteller wie als Praktiker gleich hoch angesehen war.

Balbus, (Feldmesser I 91. 1; 239; 402. u. s. f.) ist Soldat, und zwar Capitulant (evocatus Augusti (l. c. p. 121); von angestrengtester literarischer Arbeit ruft ihn der Krieg ab und er denkt an Nichts mehr als an Waffenruhm: totum hoc negotium velut oblitus intermiseram neque quidquam aliud nisi belli gloriam cogitabam (p. 92). Aber mit dem Eintritt in Feindesland beginnt die praktische Mensorenarbeit (Caesaris nostri opera mensurarum

[280]) Hyginus in Feldmesser I. 121. Orelli 3225. Rudorff in Abhandl. der Akad. d. Wiss. zu Berlin 1867 p. 272 A. 1.

rationem exigere coeperunt.) Bei Beendigung des Krieges ad studium meum velut ad otium sum reversus .... und ad consummandum hunc librum velut ad vota reddenda properavi l. c. 93). Er ist es, wie auch Rudorff (Zeitschr. f. g. R. 416 Nr. 68) annimmt, den Hyginus de conditionibus agrorum (Lachm. p. 121. vv. 7. ss.) als evocatus Augusti, vir militaris disciplinae, professionis quoque nostrae capacissimus bezeichnet; Hyginus theilt mit, dass derselbe, cum in Pannonia agros veteranis ex voluntate et liberalitate Trajani Augusti Germanici adsignaret, eine neue Art der Berechnung und Aufzeichnung der mensura adsignationis angewendet habe, deren Folge sei, dass nullae inter veteranos lites contentionesque ex his terris existere poterunt. Nach Mommsen (Schriften der röm. Feldmesser II, 147) soll Balbus ein höherer Offizier gewesen sein wegen der Art, wie er von seiner Theilnahme am Feldzuge und dem Ruhme spricht, den er dabei zu erlangen hofft. Aber nach Cäsars Commentarien und nach Vegetius de re milit. II. 24 konnte sich auch ein gewöhnlicher Soldat belli gloriam versprechen: cui contigit.... gloriosa victoria quemque ad opes ac dignitates ordo militiae et Imperatoris judicium consuevit evehere [281]) (l. c.). —

Rudorff hat für die Möglichkeit einer locatio conductio mit dem Mensor sich noch auf folgende 2 Quellenzeugnisse berufen.[282])

1. Pseudo-frontinus de coloniis (gromatici vet. p. 211[24] i. f., 212:

Lex agris limitandis metiundis... Qui conduxerit decimanum latum ped. XL, kardinem latum p. XX facito cett. — hoc opus omne arbitratu C. Julii Cäsaris et Marci Antoni et Marci Lepidi triumvirorum r. p. c.

2. Lex Thoria c. 50.[283])

Zell, delect. inscript. I. p. 237; Zeitschr. f. gesch. Rechtswissenschaft X 191. Bruns fontes (V) p. 88.

---

[281]) pr. J. 1. 25: hi enim qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

[282]) Ztschrft. f. g. Rechtswissenschaft X. 137.

[283]) gemeint ist von R. nicht cap. 44, wie er irrthümlich a. a. O. S. 136 und darnach auch Windscheid § 404 Anm. 4, sowie Hefke a. a. O. p. 157. Note 12 citiren.

[Quei ex h. l. II vir factus creatusve erit, is in diebus.. proxsume]is, quibus ex h. l. II vir factus creatusve erit, ag(ru)m locum quei Corinthiorum [fuit.... e] xtra eum ag [rum locum.... agrum locum) quem ex h. l. venire oportebit, omnem me [tiun] dum terminosque statui [curato.... eu] m a [grum.... opu] sque loc [at] o eique operei diem deicito, u [bei perf] ectum siet.

In den gromatischen Institutionen (p. 335) kommt Rudorff auf Grund dieser Quellen (und Gromat. 121. 7—10; 244. 251. 10—17) zu folgender Darstellung:

Der zur Anlage einer Militärkolonie Bevollmächtigte (curator), eine höhere Militärperson, verwendete hiebei „Ingenieure oder Centurionen und diese weiter für die mechanischen Verrichtungen gemeine Soldaten. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Imperator und dem Unternehmer war eine locatio operis, deren Bedingungen aus dem Formular anschaulich werden, nach welchem die Triumvirn die Limitationen Etruriens und Umbriens verdangen (grom. 211. 22. ss.), die Prüfung und Abnahme der Leistung sich vorbehaltend (hoc opus omne arbitratu C. Juli Caesaris et Marci Antoni et Marci Lepidi triumvirorum r. p. c.). Die Ingenieure werden vom Unternehmer honorirt.“

Mit den „Ingenieuren“ aber sind nach den von Rudorff hiefür l. c. 335 citirten Belegstellen (Gromat 121^{7-10} [Balbus]; 244; 251^{10-17}) unsere Mensoren gemeint.

Diese „Ingenieure“ also werden von dem curator, dem beauftragten höheren Officier verwendet, vom „Unternehmer“ aber honorirt.

Das Verhältniss des Unternehmers der Limitation zu dem den Auftrag zur Colonie-Anlage ertheilenden Imperator ist das der locatio operis. Der Unternehmer ist hienach von den Ingenieuren, d. h. den Feldmessern verschieden.

An die obige Rudorff'sche Erklärung der beiden citirten Stellen aber haben wir noch einige Bemerkungen zu knüpfen.

1) Dass dieselben für die Möglichkeit einer locatio mit dem Mensor Nichts beweisen, ergibt die Betrachtung, dass die locatio operis, welche dieselben erwähnen, sich auf das ganze, insbesondere durch die vorgeschriebenen umfangreichen Strassen-

bauten bedeutende finanzielle Kräfte in Anspruch nehmende Limitationsgeschäft bezieht.

Die Annahme, dass der Unternehmer der zur Ausführung der Limitation freilich unentbehrliche Feldmesser selbst war, ist nicht nur durch die Stellen nicht belegt, sondern auch ganz unwahrscheinlich.

2) Diese Annahme ist unmöglich, wenn man das Verhältniss des Feldmessers bei der Kolonieanlage zum beauftragenden Imperator in's Auge fasst. Nach Rudorff's obiger Erklärung „verwendete" derselbe, beziehungsweise sein Mandatar, der Curator, zur Vermessung „Ingenieure oder Centurionen." Da die Limitation als solche dem Unternehmer, dem locator operis (limitationis) übertragen ist, so kann diese Verwendung doch nichts Anderes bedeuten, als dass „Ingenieure oder Centurionen" dem Unternehmer zur Verfügung gestellt werden, dass sie zu seiner Disposition zur Vermessungsarbeit befohlen werden.

Es waren aber nicht Ingenieure oder Centurionen, sondern nach den sämmtlichen von Rudorff selbst angeführten Stellen Centurionen oder gewöhnliche Soldaten, die zugleich Feldmesser waren. So in gromat. 121. 7—10 der bereits bekannte evocatus Augusti, vir disciplinae nostrae capacissimus, also ein Capitulant, der aber der ausgezeichnetste Feldmesser ist; in 244 l. c. ein Mamilius Nepos miles cohortis III. praetoriae und ein Caecilius Saturnius, centurio cohortis VII. et XX; in 251 l. c. der ebenfalls bereits angeführte Blesius Taurinus miles cohort. VI pr. mensor agrarius; nirgends werden „Ingenieure" genannt, überall nur Unterofficiere und Soldaten, deren (bürgerlicher) Beruf die Feldmessung ist, die daher zu diesem Geschäfte befohlen werden. Dass sie vom Unternehmer honoriert wurden, ist bei solcher Sachlage nicht wahrscheinlich, jedenfalls aber nicht, wie Rudorff thut, mit l. 1 D. si mensor zu belegen, denn diese Stelle handelt von dem Fall, si forte vel de finibus contentio sit, vel emtor scire velit vel venditor cujus modi ager veneat, wo also der Mensor als Sachverständiger im Civilprozess oder in einem Privatrechtsgeschäft beigezogen wird.

26. Nach Rudorff ist, wie wir sehen, die Entscheidung der durch den Gegensatz von l. D 11. 6 und l. 4 § 1 D. 10. 1 ange-

regten Frage: ob die Agrimensur ars liberalis oder illiberalis, ob die Berufsleistung des mensor der locatio-conductio zugänglich ist oder nicht ist, abhängig nicht von dem Wesen der Berufsarbeit selbst und etwaigen Veränderungen derselben, sondern von den persönlichen Verhältnissen der Vertreter des Berufes. Diese Anschauung liegt auch der neuesten Behandlung unserer Lehre von Hefke[384]) zu Grunde. Wenn derselbe zu anderen Ergebnissen als Rudorff gelangt, so ist diess nur der Verschiedenheit der Quellenkenntniss beider Autoren zuzuschreiben, von welchen, wie es scheint, dem jüngeren der bezügliche Inhalt der Feldmesserschriften, der Inschriftensammlungen und sogar des Digestentitels 11. 6 si mensor nicht bekannt geworden ist. Die Feldmesskunst wurde nach Hefke nur von freigebornen Römern, und von diesen nur als „Liebhaberei" betrieben[385]), daher sie ihre Dienste auch „mehr aus Gefälligkeit, als weil sie sich irgendwie dazu verpflichtet fühlten," leisteten.

In Wirklichkeit ist, wie Rudorff gezeigt hat, die Feldmessung auch von Freigelassenen und von Sklaven betrieben worden und das letztere ist im Titel si mensor selbst bezeugt:

l. 3 § 6 D. 11. 6: servi autem nomine magis noxale quam de peculio competere ait, quamvis civilis actio de peculio competat.

Aber wie die Philosophie nicht als banaus betrachtet wurde, als sie der Sklave Epiktetos oder der Freigelassene Epiktetos vertrat, blieb auch die Agrimensur in Sklavenhand die ars liberalis, als die sie in juristischen wie in unjuristischen Quellen uns entgegentritt. In der eben angeführten Stelle hat ein Sklave das Messungsgeschäft übernommen und es ist die Rede von der hieraus (bei falscher Messung) entspringenden Haftung. Zwei Klagen werden erwähnt, die Noxalklage und die actio de peculio, welche letztere als civilis der ersteren als pönalen Aktion entgegengesetzt wird; nur in diesem Sinn kann die prätorische a. de peculio als „civilis" bezeichnet werden.[386]) Beide Klagen setzen

[384]) Archiv f. pract. Rechtswissenschaft N. F. XIV. 153.

[385]) a. a. O. p. 154.

[386]) cf. l. 2 D. 49. 5: si quaestionem in civili negotio habendam judex interlocutus sit, vel in criminali. cf. civiliter agere und criminaliter agere in l. 93 D. 47. 2; l. 7 C. Th. 7. 9 civilis actio criminali postponitur. C. J. III. 24 ubi senatores vel clarissimi civiliter vel criminaliter conveniantur.

voraus, dass der Sklave, nicht der Dominus desselben, das Messgeschäft übernahm, beide setzen voraus, dass für den Sklaven hieraus eine — delicts- oder geschäftsmässige — Naturalschuld begründet wurde. Solche Naturalschuld setzt aber weiter, wie von Brinz zuerst begründet wurde und nunmehr allgemein angenommen zu sein scheint, einen dem gewöhnlichen — für die Freien geltenden — Obligationenrecht entsprechenden Entstehungsgrund voraus, dessen Wirkung nur durch eine auf Seite der Person (des Sklaven) liegende Mangelhaftigkeit beeinträchtigt wird.[287]) Wo also ein freier Contrahent keine obligatio begründen könnte, kann dies auch der Sklave nicht; das Geschäft, das dem Freien rechtlich unmöglich, ist es auch für den Sklaven. Sofern daher nach l. 1 D. si mensor ein Freier wegen falscher Messung „civiliter obligatus non est", und zwar weil locatio-conductio bezüglich des Messgeschäftes nicht zulässig ist, muss dies auch vom Sklaven gelten. Es ist die actio in factum, welche gegen den freien Mensor vom Prätor eingeführt ist, die als actio de peculio auf Grund der durch die falsche Messung begründeten Naturalschuld des Sklaven gegen den Herrn desselben gewährt wird. Zu ihrer Rechtfertigung lässt sich mit l. 4 D. 11. 6 sagen: initium rei non ad circumscriptionem, sed a suscepto negotio originem accipit. Die Concurrenz von Noxalklagen und Peculienklage bei Sklavendelicten ist auch anderweitig bezeugt. cf. l. 2 § 1 D. 9. 4 und l. 3 § 12 D. 15. 1.

Es ist ein und dieselbe Agrimensur, welche von dem freien Feldmesser wie von dem Sklaven geübt wird[287a]) und die Berufsübung beider ist einerseits der locatio-conductio verschlossen — sofern nicht der Sklave selbst vom Herrn locirt wird —, andererseits aber begründet dieselbe die gleiche actio in factum prätorischen Rechts. Während wir bei der Darstellung der Verhältnisse der Medicin gesehen haben, dass Ulpian innerhalb dieses Berufes eine liberale und eine banause Art unterscheidet und bezüglich der Zugehörigkeit einer bestimmten Berufsleistung zur einen oder anderen Art genaue Prüfung anstellt, finden wir

[287]) Brinz, kritische Blätter III. 41; Pandekten II. Auflage II. Bd. § 220 zu Note 1.

[287a]) Ebenso wie die Praetur, von einem Sklaven verwaltet, Magistratur bleibt: l. 3 D. 1. 14.

eine derartige Unterscheidung Ulpians bezüglich der Feldmessung nicht belegt. Im Gegentheil. Die principielle Erörterung Ulpians in l. 1 D. 11. 6 ist derartig gehalten, dass die fragliche Unterscheidung als ausgeschlossen erscheint. Andererseits ergibt aber diese Ulpian'sche Ausführung, dass der Ausschluss der locatio conductio bezüglich der Feldmessung in dem Wesen dieses Berufes und nicht in den persönlichen Verhältnissen der Vertreter desselben begründet war. In dieser Beziehung ist zu bemerken: Die „priesterliche" Auffassung, welche wir oben (III p. 389 ff.) für die artes liberales überhaupt als eine Form antiker Hochschätzung des wissenschaftlichen Berufes gefunden haben, war bei den Römern, was die Agrimensur betrifft, wol nicht immer blosse Form. Ob Auguren in alter Zeit das Messgeschäft selbst vornahmen oder dasselbe nur mit ritualen Handlungen begleiteten, kann hier dahin gestellt bleiben. Darüber, dass die römische Feldmessung selbst in ihren wichtigsten Operationen ursprünglich als sacrales Geschäft galt, dürfte kein Zweifel bestehen. Inter omnes mensurarum ritus, heisst es in dem Werk des Hyginus de limitibus constituendis, [288]) eminentissima traditur limitum constitutio. Est enim illi origo caelestis . . . primum haec ratio mensure constituta ab Etruscorum aruspicum disciplina... — Nicht bloss aber die staatliche Limitation, auch die private Grenzsteinsetzung war ein sacraler von gemeinsamen Opfern der Grenzbesitzer begleiteter Akt[289]). Als Bestandtheil solcher sacraler Geschäfte konnte die Feldmessung so wenig, wie jene selbst zum Gegenstand einer locatio conductio gemacht werden.

Das Letztere ist auch von dem öffentlichen Richteramt und der Advokatur der Feldmesser zu sagen. [289a]) Dass das Gleiche auch von der Funktion der Feldmesser als von den Parteien eines

---

[288]) Schriften der römischen Feldmesser. I. 166.

[289]) Brissonius de formulis 430.

[289a]) Feldmesser I 34. 35. difficillimus autem locus hic est, quod mensori judicandum est; sed nec minus ille exactus quod est advocatio praestanda: prudentiam tamen eandem artifices habere debent et qui judicaturi sunt et qui advocationes sunt praestituri. In judicando autem mensorem bonum virum et justum agere decet, neque ulla ambitione aut sordibus moveri, servare opinionem et arti et moribus.... erat aequissimum et in advocatione eandem fidem exhiberi a mensoribus. cf. l. c. I 403: omni enim artifici veritas custodienda est, exclusi sint illi, qui falsa pro veris opponunt.

Privatrechtsverhältnisses zugezogener Sachverständiger gilt, ersehen wir aus l. 1 D. si mensor; die Ulpian'sche Begründung: non crediderunt veteres, inter talem personam locationem et conductionem esse, gilt aber der Feldmessung überhaupt, in welcher die „Heiligkeit" der Wissenschaft der Geometrie mit dem Ansehen der alten Priesterdisciplin der römischen Gromatik zusammentraf.[289b])

„Inter talem personam" kann nach den obigen Ausführungen nicht bedeuten, dass die locatio-conductio wegen der Person und der gesellschaftlichen Stellung des Mensor unzulässig war; denn wir haben gesehen, dass diese Stellung solchen Schluss nicht erlaubt; ausserdem ist aus persönlichen Gründen Niemandem nach römischem Recht die Eingehung eines Arbeitmiethgeschäftes verboten[289c]); nur sachlich wird unterschieden zwischen operae locari solitae und operae locari non solitae; aber die ersteren kann leisten wer will. „Inter talem personam" geht auf den Mensor als solchen. Mit dem Mensor als Mensor ist nach der Ansicht der Alten — die nach Ulpian für den Prätor massgebend war — die locatio-conductio rechtlich nicht möglich; mit dem mensor als solchen, d. h. also in Bezug auf den Beruf, das Messgeschäft. Der Mensor als solcher kann nach der Ansicht der Alten seine Berufsleistung nicht im Wege der locatio-conductio, nicht gegen merces, sondern nur „beneficii loco" gewähren. Das beneficium ist also in dieser Berufsübung nicht ein zufälliges, etwa auf persönlichen Beziehungen zum Empfänger der Leistung beruhendes; es ist vielmehr die notwendige Erscheinungsform der Berufsübung selbst. Das beneficium im Sinne der l. 1 cit. ist von persönlichen Beziehungen, wie von persönlichen Gesinnungen und Absichten des Mensor unabhängig: si autem ex locato conducto fuerit actum, dicendum erit, nec tenere intentionem. Die actio ex locato-conducto setzt den Abschluss einer locatio-conductio als Thatsache voraus; diese Thatsache findet hier, wie man sieht, keine rechtliche

[289b]) Ueber das von Rudorff für die „spätere Zeit" geleugnete Ansehen der praktischen Geometrie vgl. Boethius in Schriften der röm. Feldmesser I 394: nec sine causa summi viri etiam impensam huic scientiae operam dederunt. Ferner besonders Cassiodorus Variar. III. 52.

[289c]) Paulus Sentent. rec. II. 18. 1.

Anerkennung, das beneficium ist rechtliche Nothwendigkeit. Uebung des Berufes als beneficium bedeutet negativ: die Abwesenheit eines mercenären Motivs der Berufsübung, die Nichtverwendung der letzteren für eigennützige Zwecke des Uebenden. Es bedeutet positiv: Uebung des Berufes um eines Anderen willen, also lediglich zum Zwecke der Uebertragung der dem Beruf eigenthümlichen Leistungen auf diesen Anderen. Ist aber nur diese Uebertragung Zweck, welche bei wirklicher Berufsübung unvermeidlich ist, so kann das berufsmässige beneficium kürzer bezeichnet werden, als Uebung des Berufes um seiner selbst willen.

Diese „freie" Berufsübung wird, wie früher gezeigt, nicht beeinträchtigt durch das Honorar, soferne dasselbe nur als Sustentation für die Zwecke des Berufes gilt, nicht aber als Entgelt der Dienstleistung. Wo daher, wie beim mensor, die Berufsleistung nach rechtlicher Nothwendigkeit beneficium ist da kann das Honorar auch nur die ersterwähnte rechtliche Bedeutung haben und die remuneratorische Veranlassung der Honorirung ändert hieran nichts. Diese Thatsache bringt Ulpian zum Ausdruck, wenn er in l. 1 pr. D. 11. 6 das beneficium des Mensor trotz des honorarium desselben aufrecht erhält, indem er sagt, dass von dem Mensor operam magis beneficii loco geleistet werde „et id quod datur ei, ad remunerandum dari".

Die Möglichkeit einer thatsächlichen Umkehrung des rechtlichen Verhältnisses der Berufsleistung zum Berufshonorar ist, wie Ulpian bemerkt, dem Prätor bekannt:

> sed etsi mercedem accepit (mensor), non omnem culpam eum praestare propter verba edicti: utique enim scit praetor, et mercede eos intervenire

„Mercede" ist Ablativus causae. Der mensor, welcher mercede intervenit, dient um der merces, nicht um der Ziele seines Berufes willen. In seiner (und seiner Clienten) subjektiven Betrachtung ist hier die Thatsache der Dienstmiethe vorhanden. Für den Praetor ist jene Thatsache nicht vorhanden, die Umkehrung des Berufsverhältnisses wird als rechtliche Unmöglichkeit behandelt.

Hiemit ist dargethan, dass das mehrerwähnte beneficium falsch interpretirt wird, wenn man es, wie meistens ge-

schieht, als persönliche „Gefälligkeit" oder als „Freundschaftsdienst" übersetzt, während dasselbe in Wirklichkeit nur der juristische Ausdruck der rechtlichen Entgeltsunfähigkeit des Mensorenberufes ist, welche ihrerseits sich auf das historische Wesen dieses Berufes bei den Römern gründete. Eine Berufsübung aus „Gefälligkeit", „Freundschaft" oder „Liebhaberei" (um Hefkes Ausdruck zu gebrauchen), stimmt nicht mit den gewaltigen Aufgaben überein, welche die Agrimensur im römischen Reiche zu lösen hatte und auch gelöst hat; sie stimmt auch nicht mit der Thatsache überein, dass sich für diese Berufsübung ein festes Honorarrecht entwickelt hat, wie wir unten nachweisen können.

Wir haben nun die den Ausgangspunkt der vorliegenden Erörterung über die Feldmesser bildende Frage nach dem Verhältnisse der l. 4 § 1 D. 10.1 zu der im Obigen zu Grunde gelegten Ulpianischen Darstellung in l. 1 D. 11.6 zu beantworten. Die letztere schliesst die Annahme, dass eine Controverse in der römischen Jurisprudenz bezüglich des Feldmesserberufes bestand, vollständig aus; wir sehen ferner, dass Ulpian das Privatrechtsverhältniss der Feldmesser in l. 1 D. 11.6 ex professo behandelt; dass derselbe des thatsächlichen Vorkommens eines mercede intervenire Seitens der Mensoren ausdrücklich gedenkt und dasselbe als privatrechtlich unerheblich bezeichnet. Das Wort merces bezeichnet bei Ulpian sowohl den Rechtsbegriff und den diesem entsprechenden wirklichen, d. h. rechtlich anerkannten Lohn, als auch jenes rechtlich ignorirte thatsächliche Bild desselben. Ebenso wie die Annahme einer Controverse, ist auch die oben beleuchtete Rudorff'sche Hypothese einer historischen Entwicklung, wonach in l. 4 § 1 D. 10. 1 der schliesslich banausische Zustand der Feldmessung zum Ausdruck gelangt wäre, völlig unhaltbar. Diese angebliche Entwicklung vollzog sich nach Rudorff selbst nicht in der Zeit nach Ulpian; sie hätte demselben nicht verborgen bleiben können, wie wir dies nach dem Inhalt der l. 1 D. 11.6 annehmen müssten. Es bleibt daher nur die oben erwähnte Annahme übrig, dass Paulus in l. 4 § 1 cit. „conducere" in uneigentlichem Sinne gebraucht, in dem uneigentlichen Sinne, in welchem er in l. 2 D. 11.6 (und Ulpian selbst in l. 3 h. t.) von einem mandare bezüglich feldmesserischer Thätigkeit spricht.

Von einer Controverse in obigem Sinne oder einer historischen Entwicklung der Gromatik zum banausischen Berufe ist auch den Griechen nichts bekannt. Dieselben kennen keine andere als die Ulpian'sche Rechtsauffassung, wie sich besonders klar aus dem merkwürdigen Kampfe des Michael Hagiotheodorita gegen das jene Auffassung wiedergebende Basilikenrecht ergibt.[290])

27. Wir haben oben die Behauptung aufgestellt, dass für die Berufsleistung des Feldmessers ein festes Honorarrecht bei den Römern sich entwickelt hat. Diese Behauptung stützt sich zunächst auf die l. 4 § 1 D. 10.1. Nach dieser Stelle soll im judicium finium regundorum die eine Partei der anderen auf das Interesse verurtheilt werden können: in judicio finium regundorum etiam ejus ratio fit quod interest; es soll also die eine Partei verurtheilt werden können, soweit sie

1. aliquam utilitatem ex eo loco percepit, quem vicini esse appareat;
2. sed et si mensor ab altero solo conductus sit, condemnatio erit facienda ejus qui non conduxit, in partem mercedis.

Dass die letzteren Worte nicht von eigentlicher conductio zu verstehen sind, ist oben ausgeführt worden; daher ist auch für die merces nur die uneigentliche Bedeutung anzunehmen, in der das Wort auch von Ulpian wiederholt gebraucht wird und zwar in Bezug auf artes liberales (l. 1. D. extraord. cog.; l. 1. § 1. D. si mensor).

Es scheint aber merces, wie l. 1. D. 50. 13 zeigt, für das Honorar besonders dann gebraucht zu werden, wenn auf dasselbe ein Anspruch besteht. Daher spricht Papinianus in l. 27. D. don. 39. 5. von einer quaedam merces, weil die durch diese Worte bezeichnete remuneratorische Schenkung wenigstens durch eine moralische solvendi necessitas veranlasst wird, und von quaedam merces, weil nur eine moralische, keine rechtliche Obligation bestand.

Dass nun ein Recht auf merces nach l. 10. § 1. cit. dem mensor nicht blos dann zusteht, wenn diese ihm ausdrücklich zugesagt ist, ergibt folgende Erwägung.

[290]) Basil. ed. Heimbach V. 418 ff.

Paulus nennt die merces des Mensor als zum Interesse gehörig und folgeweise Condemnationsobjekt; er nennt sie als solches ebenso unbedingt wie die utilitas, welche von einem dem Gegner gehörigen Grundstück gezogen wurde. Die merces des mensor bildet einen Theil der Prozesskosten, diese sind sonst von der verurtheilten Partei ganz, hier als im judicium duplex pro rata parte von jeder Partei zu tragen. Aber nur dann können dem Prozessgegner hier die Kosten des Mensor aufgebürdet werden, wenn sie nothwendige waren; also wenn der Mensor einen Anspruch auf die merces hat, nicht dann, wenn und soweit die Honorarertheilung lediglich ein Erkenntlichkeitsakt, eine freiwillige Leistung desjenigen ist, der den Mensor beigezogen hat. Dies bedarf wohl keines Beweises, sofern gewiss ist, dass der Verurtheilte unter dem Titel von Prozesskosten nicht Schenkungen des Gegners zu ersetzen hat.

Wenn also Paulus einen Theil der merces des Mensor unbedingt der auf das Interesse im Grenzstreit zu verurtheilenden Partei zur Tragung zuweist, so muss der Mensor ein Recht auf diese merces haben. Und ferner muss er dies Recht haben aus Anlass seiner Dienstleistung, nicht bloss auf Grund der Zusage der ihn beiziehenden Partei.

Allerdings erhält der Mensor keine Schenkung, wenn ihm diese Partei zahlt, was sie versprochen hat, aber wenn er ohne das ausdrückliche Versprechen der Honorirung, auf Grund der Uebertragung und Ausführung des Dienstes allein keinen Anspruch hat, so ist das Honorarversprechen selbst Schenkung und wieder kein Grund vorhanden, den Gegner deshalb zu belasten. Dies muss jedenfalls für die Zeit nach der Entscheidung in l. 22. D. praescr. verb. 19. 5 angenommen werden, und in dieser Zeit wird der Ausspruch der l. 4. § 1. gethan.

Dies Resultat bestätiget denn auch eine genauere Betrachtung der l. 4. § 1. cit. Es könnte zunächst daran gedacht werden, dass „si mensor . . . conductus sit“ eben nur den nach l. 1 § 1 D. 11. 6 keineswegs die Regel bildenden Fall bezeichnet, wo der Feldmesser durch ausdrückliches Honorarversprechen thatsächlich veranlasst wird, und nur durch solches veranlasst werden kann, den Sachverständigen-Dienst im Grenzstreit zu übernehmen; es könnte gesagt werden, dass das Honorarver-

sprechen hier um deswillen keine Schenkung, weil die Abgabe desselben vom Mensor als Bedingung der Uebernahme des Dienstes betrachtet wird: Der Mensor hätte keinen Anspruch ohne das Versprechen, aber da er den Dienst nur gegen das letztere übernimmt, und sein Dienst nothwendig ist, so ist auch das Versprechen nothwendig, daher die in Folge derselben zu zahlende merces pro rata parte vom nichtkonduzirenden Theile zu ersetzen. Wir sehen von der Frage ab, ob eine solche normwidrige Vereinbarung den Prozessgegner belasten konnte. Jedenfalls musste Paulus, wenn er letzteres annahm, unterscheiden: die merces des „conducirten" mensor muss der Gegner pro rata tragen, diejenige des im bezeichneten Sinne nicht conducirten Mensor dagegen hat er, da diese keine nothwendige Leistung, nicht zu tragen; Paulus unterscheidet aber nicht, si conductus sit, — si non, sondern si ab altero solo conductus sit (— si ab utroque).

So konnte Paulus nur sich ausdrücken, wenn der Mensor, um den angenommenen Ausdruck beizubehalten, in jedem Fall „conducirt" wird und einen Anspruch auf Honorar hat; das heisst, wenn er auf Grund seiner Dienstleistung allein schon diesen Anspruch hat. Wir dürfen daher annehmen, dass dem Feldmesser ohne vorgängige Vereinbarung ein Honoraranspruch zusteht, wie dies auch bezüglich der „Professoren" und der medici in l 1. D. 50. 13 anerkannt ist.

Unter den Professoren der artes liberales, welchen nach l. 1 D. 50. 13 de mercedibus die extraordinaria cognitio zusteht, sind auch die geometrae. Schon mit Rücksicht auf die zu Eingang dieser Untersuchung erwähnte vielfache Verbindung von Lehre und praktischer Uebung des Berufes wäre die Annahme kaum zu gewagt, dass auch dem Praktiker der Geometrie die extraordinaria cognitio auf das Honorar nicht versagt war.

VII.

28. Der Gegensatz der liberalen und der illiberalen Berufsarbeit ist nach dem Ergebnisse der bisherigen Erörterung bei den Römern mehrfach rechtlich ausgeprägt. Er ist zunächst

ein Gegensatz des materiellen Rechtes. Die liberale Arbeit ist in keiner Form, welche dem römischen Rechte bekannt, bezalbar; die illiberale Arbeit ist entgeltsfähig und kann entgeltlich wie unentgeltlich geleistet werden.

Diesem Gegensatz entspricht ein zweiter der Rechtsquellen, welche sich mit beiderlei Arbeitsarten befassen und ein dritter der Aktionen. Das Civilrecht kennt nur die banause Arbeit und stellt derselben seine Contrakte: locatio-conductio, Innominatcontract, Mandat mit den zugehörigen Klagen zur Verfügung. Der liberalen Arbeit haben sich das prätorische und das kaiserliche Recht angenommen, sowie die auf dem Gebiete dieser Rechtsquellen arbeitende Jurisprudenz. Dass diese nicht bloss formell, sondern auch inhaltlich neue Rechtssätze geschaffen haben, dass das Recht der von mercenären Motiven freien wissenschaftlichen Arbeit nicht einfach nach dem Vorbild des Rechtes der Banausie sich gestaltete, dafür haben wir in den Rechtsbüchern und ausserhalb derselben genügende Anhaltspunkte. Wenn Ulpian den Mensor nur für dolus und lata culpa haften lässt, weil seine Berufsübung beneficium ist, und er desswegen civiliter obligatus non est, so ist diese Erwägung und der rechtliche Schluss hieraus auf jede liberale Berufsleistung anwendbar. Aus der Thatsache, dass die liberale Berufsübung nothwendig, nicht zufällig, beneficium ist, folgt nicht bloss negativ die Unmöglichkeit einer locatio-conductio oder gleichgearteter Contracte in Bezug auf liberale Arbeit, sondern auch positiv die rechtliche Nothwendigkeit einer bestimmten Art des Betriebes. Die Forderung, dass der Beruf seinem Wesen entsprechend, unabhängig von eigennützigen Motiven verwaltet werde, äussert sich, wie beim Magistratus, Richter und Priester, nicht bloss durch die Unmöglichkeit der Rechtsform des Miethvertrages, sondern auch durch die Unzulässigkeit der den boni mores widersprechenden Thatsache eines solchen. Diese letztere erscheint überall, wo die Berufsleistung von der Gegenleistung des Empfängers derselben abhängig gemacht wird. Die Unabhängigkeit der liberalen Berufsleistung von derartiger mercenärer Bestimmung oder Beeinflussung ist da, wo letztere zwar nicht wesenswidriger als sonst, aber social gefährlicher schien, nicht bloss privatrechtlich, sondern auch durch strafrechtliche Normen gewähr-

leistet: bei der Advocatur und wahrscheinlich auch bei der Medicin.[291]) Auch über das Bereich der letzteren hinaus dürfte aber die „Freiheit" der liberalen Berufe als ein Gebot der boni mores richterlich behandelt worden sein, wenn anders die oben zu III constatirte moralische Volks-Auffassung bezüglich der artes liberales überhaupt des Einflusses auf die Rechtspraxis nicht entbehrt hat.

Wir können an dieser Stelle auf eine nähere Ausführung der aus dem Grundsatz der Inästimabilität abzuleitenden Folgesätze und den Beweis solcher nicht eingehen. Die Aufgabe der vorliegenden Blätter beschränkt sich darauf, den Gegensatz der liberalen und der illiberalen Berufsarbeit als Gegensatz von entgeltlicher und entgeltsunfähiger Leistung nachzuweisen. Der erstere Gegensatz wird heutzutage vielfach als antiquirt betrachtet. Nach der Meinung der meisten Romanisten ist heute zwar nicht alle und jede Berufsarbeit liberal, aber alle und jede Berufsarbeit banaus. Das Recht der Miethe oder wenigstens der „gegenseitigen Verträge" wird, ohne dass eine Veränderung in den Quellen des gemeinen Rechts behauptet werden kann, auch auf die wissenschaftliche Berufsleistung als anwendbar erklärt. Wir halten dies für einen Anachronismus, den man nicht mit dem Hinweis auf die von der antiken abweichende Auffassung unserer Zeit bezüglich der bezalten Arbeit rechtfertigen kann. Allerdings stund bei den Alten jene ideale Auffassung des Wissenschaftsbetriebes, welche die thatsächliche Grundlage des Moral- und Rechtsprincips der Inästima-

[291]) a. zur Advokatur: l. 1 § 12 D. 50. 13: l. 6 § 7 D. 17. 1; l. 6 § 7 C. post. 2. 6: si quis vero monitus a judice ea excusatione quae nequeat comprobari, cuicumque parti patrocinium denegaverit, careat foro, sciat etiam, nunquam sibi ad agendum copiam posse restitui. l. 6 § 4. 5 C. h. t.: non ad turpe compendium ... haec adripiatur occasio, sed laudis per eam augmenta quaerantur; nam si lucro pecuniaque capiantur, velut abjecti atque degeneres inter vilissimos numerabuntur.

b. zur Medicin: l. 26 § 1 D. 19. 5 (παρὰ προσῆκον); l. 9. C. 10. 53 prof. et medicis: honeste obsequi tenuioribus malint, quam turpiter servire divitibus. Quos etiam ea patimur accipere quae sani offerunt pro obsequiis, non ea quae periclitantes pro salute promittunt. cf. l. 3. D. 50. 13; Apulejus Metamorph. VII. i. f.: an ignoras, etiam eos qui morituris auxilium denegarint, quod contra bonos mores id ipsum fecerint, solere puniri. — Plato Polit. 408. Dagegen Celsus de medicina V. 26.

bilität desselben bildet, in historischem Zusammenhang mit der Verachtung der für Staat und Gesellschaft unentbehrlichen unfreien oder bezalten Handarbeit. „Die moderne Welt hat jede Arbeit frei gemacht und ehrt jede Arbeit.“ [292]) Wenn auch diese Emancipation vorerst nur eine formelle und rechtliche ist und der Kampf gegen die Mächte der thatsächlichen Unfreiheit noch fortdauern wird, so erscheint es doch keinenfalls mehr an der Zeit, jene Rechtsformen und Rechtssätze, welche die alten Römer für eine unfreie und ungeehrte Arbeit schufen, nunmehr auch auf die freie wissenschaftliche Berufsübung zu übertragen. Mit Recht bemerkt Brinz,[293]) dass unsere Auffassung nicht mercenärer geworden ist, als es die römische war. Aus den Banden jenes eben berührten historischen Zusammenhanges haben sich die artes liberales bei den Griechen, wie bei den Römern befreit und die der liberalen Berufsübung nothwendige Unabhängigkeit nicht mit einer höheren persönlichen Dignität ihrer Vertreter, sondern sachlich mit dem Bedürfnisse der Wissenschaft selbst begründet. Dieses Bedürfniss scheint aber für die artes liberales unserer Zeit unverändert fortzubestehen. Wir haben, wie aus der vorliegenden Untersuchung sich ergeben dürfte, keinen Grund, von dem Wissenschaftsbetrieb der Alten gering zu denken. Wir haben keinen Grund, dem Worte Du Bois-Reymonds von dem „unentwickelten Causalitätstrieb“ der Alten zuzustimmen. Wo der Sinn der Menschen mit so gewaltiger Energie der Erforschung und Verkündigung der Wahrheit sich zugewendet hatte, dass für die Zwecke dieser letzteren Tod und Leben nur als Mittel galten, da konnte das Organ der Erkenntniss nicht verkümmert und nicht unentwickelt sein. Aber ebenso wenig ist die Annahme begründet, dass die moderne Zeit an Hochschätzung der Wahrheit und des Strebens nach derselben hinter den Alten zurückbleibt. Dies wäre in der That der Fall, wenn heute die wissenschaftliche Berufsleistung, die den Alten als beneficium galt, mit Recht als Gegenstand der locatio-conductio dargestellt werden könnte. Die antike Unterscheidung ist, wie abermals Brinz mit Recht betont hat, auch uns dem Wesen nach geläufig. Auch wir anerkennen

[292]) Riehl die deutsche Arbeit S. 27 der 3ten Auflage.

[293]) Pandekten (II. Aufl.) 2. B. § 334. Anm. 14.

Berufsgebiete, welchen mercenäre Motive fern bleiben müssen, auf welchen die Arbeit nur dann normal sich vollzieht, wenn sie völlig frei von egoistischen Antrieben ist, auf welchen nicht von merces, sondern nur von Sustentation für die Berufszwecke die Rede sein kann. Wir hüten sorgfältig die Unabhängigkeit des Richteramtes; die Gläubigen hoffen, dass der Priester nur „um Gottes willen" zur Gemeinde spricht; dem politischen Schriftsteller und Redner glaubt man nicht mehr, wenn man erfährt, dass er „bezalt" ist. Zu diesen Arbeitsarten, deren Lebenselement die Freiheit im Sinne der Alten ist, gehört auch die Wissenschaft. Für alle menschliche Arbeit gilt zwar heute noch der Ausspruch des Aristoteles: Αἱ μὲν οὖν καταβεβλημέναι μαθήσεις ἐπαμφοτερίζουσιν (Politik. VIII. 2. 2.): d. h. die ins Leben eingeführten Berufe sind eines doppelten Betriebes fähig, eines liberalen und eines banausen. Aber nur die erstere Art entspricht dem Wesen der wissenschaftlichen Arbeit.

Die Gründe, welche die Alten für die Nothwendigkeit eines vom mercenären Motiv unabhängigen Wissenschaftsbetriebes anführen, lassen sich in gewissem Umfang auf alle menschliche Produktion übertragen. Jede Arbeit erzielt den ihr eigenthümlichen Erfolg dann am sichersten und reinsten, wenn der Blick des Arbeiters unbeirrt durch andere Ziele lediglich jenem sich zuwendet. Wir finden ferner bereits heute Ansätze zu einer Rechtsordnung, welche die s. g. materielle Produktion dem Belieben der Einzelnen entzieht, indem sowohl für die Organisation der Arbeit als auch für die Qualität der Produkte das Gebot aufgestellt wird, dass sie zur Erhaltung und nicht zum Verderben der menschlichen Gattung beitragen, somit ein beneficium im erörterten Sinne zu gewähren fähig seien. Für die Vollendung solcher Rechtsordnung scheint uns aber eine Cultur Voraussetzung zu sein, welche, statt die Wissenschaft zur opera illiberalis zu stempeln und damit auch in dieses ideale Reich den Egoismus als herrschendes Motiv einzuführen, umgekehrt alle und jede Arbeit zur ars liberalis gestaltet.

Kgl. Hof- und Universitäts-Buchdruckerei von Dr. C. Wolf & Sohn.

